

Der zivilrechtliche Aufbau der Investment- oder Anlagestiftung für Personalvorsorge

Ein Beitrag zur strukturellen Analyse der korporativen Stiftung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MARK PETER HURNI

von Luzern

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Verlag Hans Schellenberg Winterthur

1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507218_0046

Der zivilrechtliche Aufbau der Investment- oder Anlagestiftung für Personalvorsorge

Ein Beitrag zur strukturellen Analyse der korporativen Stiftung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

MARK PETER HURNI

von Luzern

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

Verlag Hans Schellenberg Winterthur
1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Februar 1981

Der Dekan:

Prof. Dr. Gerold Hauser



Herrn Prof. Dr. Hans Michael Riemer

bin ich zu Dank verpflichtet, dass er mir das vorliegende Thema zur Bearbeitung überlassen hat. Danken möchte ich sodann all jenen, welche mich in meiner Arbeit in irgendeiner Form unterstützt haben.

Die Materialien sind bis Ende Juli 1980 berücksichtigt.

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XIII
Zur thematischen Einführung	XIX
§ 1 Einleitung	1
1. ABSCHNITT	
Anlagestiftung und gesetzlicher Stiftungstypus	3
1. Kapitel	
Die Anlagestiftung als Gebilde der Rechtspraxis	3
§ 2 Vorbemerkung	3
§ 3 Die sieben Anlagestiftungen	4
I. Investmentstiftung für Personalvorsorge IST	4
II. Anlagestiftung für schweizerische Personalvorsorgeeinrichtungen AST	4
III. Anlagestiftung der Schweizerischen Bankgesellschaft für Personalvorsorge	5
IV. PREVISTA Anlagestiftung für Personalvorsorge-Einrichtungen	5
V. COLUMNA-INVEST Anlagestiftung der Schweizerischen Volksbank für die berufliche Vorsorge	5
VI. ANSKA Schweizerische Kreditanstalt Anlagestiftung 2. Säule	5
VII. Anlagestiftung der schweizerischen Arbeitnehmer-Organisationen für die berufliche Vorsorge	6
§ 4 Der Zweck der Anlagestiftung	7
§ 5 Die Struktur der Anlagestiftung	8
I. Personelles und materielles Substrat	8
II. Anstaltliche und körperschaftliche Strukturen	9
§ 6 Die Teilnahme an der Anlagestiftung	10
§ 7 Die Organisation der Anlagestiftung	11
I. Die Organe der Anlagestiftung	11
II. Das gesetzliche Organ: der Stiftungsrat	12
1. Bestellung und Zusammensetzung	12
2. Organisation und Aufgaben des Stiftungsrates	12
3. Entschädigung	13
III. Die fakultativen Organe	14
1. Die Teilnehmerversammlung	14
a) Kompetenzen	14
b) Organisation	14
c) Das Stimmrecht und dessen Ausübung	15
2. Die Kontrollstelle	16
3. Geschäftsführung und Anlagekommissionen	16

VIII

§ 8	Die Vermögensverhältnisse bei der Anlagestiftung	17
I.	Das Stiftungsvermögen	17
II.	Der Anspruch	18
	1. Begriff	18
	2. Erwerb und Rückgabe	18
	3. Der Wert des Anspruchs	19
	4. Ertragsausschüttungen	19
§ 9	Rechte und Pflichten der Teilnehmer	20
§ 10	Die Auflösung der Anlagestiftung	21
2. Kapitel		
	Begriff und Typus im Stiftungsrecht	22
§ 11	Stiftungsbegriff und Denkform des Typus	22
I.	Der Begriff der Stiftung	22
	1. Die Stiftung ist eine privatrechtliche Anstalt	22
	2. Die Stiftung ist ein personifiziertes Zweckvermögen	23
	3. Der besondere Zweck der Stiftung	24
	4. Die Rechtsstellung der Destinatäre	25
	5. Die Stiftungsorganisation	26
II.	Die typologische Betrachtungsweise	26
§ 12	Der gesetzliche Typus der Stiftung	29
I.	Der ursprüngliche Stiftungstypus	29
	1. Die Gewinnung des Stiftungstypus	29
	2. Der typische Zweck der Stiftung	30
	3. Der kirchliche Zweck im besonderen	31
	4. Die Kontrolle über die Stiftung als typusbildendes Merkmal	32
	5. Funktionen als Typusmerkmale	33
II.	Der Typus der Personalfürsorgestiftung	35
	1. Funktionswandel des Stiftungsrechts	35
	2. Der Destinatär als (Mit-)Stifter	36
	3. Der Einfluss des BVG	37
3. Kapitel		
	Der Begriff der Anlagestiftung und verwandte Rechtserscheinungen	39
§ 13	Der Begriff der Anlagestiftung	39
§ 14	Die Abgrenzung der Anlagestiftung gegenüber verwandten Rechtserscheinungen	40
I.	Die Anlagestiftung ist kein Anlagefonds	40
	1. Der Begriff des Anlagefonds	40
	2. Gewerbepolizeilicher Schutz und Selbstverwaltung	40
II.	Die Anlagestiftung ist keine Bank oder Finanzgesellschaft	42
	1. Der Begriff der Bank	42
	2. Kapitalanlage als Form der Finanzierung(sgesellschaft)	43
III.	Die Anlagestiftung ist keine Personalfürsorgestiftung	44
IV.	Die Anlagestiftung ist keine Dachstiftung	45

2. ABSCHNITT

Die Entstehung der Anlagestiftung und die durch deren Bestand berührten Interessen	46
---	----

1. Kapitel

Die Entstehung der Anlagestiftung	46
§ 15 Der Ursprung der Anlagestiftung in der Gemeinschaftsstiftung	46
§ 16 Die aus der Stiftungsform entspringenden Vorteile	47
I. Stiftungsrechtliche Vorteile	47
1. Das Stiftungsimago	47
2. Die Gebundenheit der Stiftung	47
3. Die Freiheit in der Gestaltung der Stiftungsorganisation	47
4. Die Trennung von Vermögen und Organisation	48
5. Die Aufsicht über die Stiftung	48
II. Steuerrechtliche Vorteile unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Steuerrechts	48

2. Kapitel

Die in der Anlagestiftung vorhandenen und durch deren Bestand berührten Interessen	51
§ 17 Die Interessen der Teilnehmer	51
I. Destinatär und Teilnehmer	51
II. Dezentrale Vorsorge und kollektive Vermögensverwaltung	52
III. Der genossenschaftliche Gedanke in der Anlagestiftung	52
§ 18 Die Interessen der Allgemeinheit	55

3. ABSCHNITT

Die Anlagestiftung ist eine der Doppelgesellschaft ähnliche Konstruktion mit Unternehmen	56
---	----

1. Kapitel

Numerus clausus der Rechtsformen und juristische Doppelorganisation	56
§ 19 Anstalt, Körperschaft und Rechtsgemeinschaft	56
§ 20 Die Zulässigkeit atypischer Ausgestaltung im Gesellschaftsrecht	60
I. Der Numerus clausus gesetzlicher Gesellschaftsformen	60
II. Die Überlagerung von gesetzlichen Gesellschaftsformen	60
III. Der Typus als Schranke der (inhaltlichen) Gestaltungs- freiheit	61

X

§ 21	Die Zulässigkeit atypischer Ausgestaltung im Stiftungsrecht	63
I.	Numerus clausus der gesetzlichen Formen im Verhältnis zur Stiftung	63
II.	Die Schranken der Stiftungsfreiheit	63
III.	Die Globalübernahme des Innenverhältnisses einer Gesellschaftsform	64
IV.	Die Stiftungsverwaltung als selbständige Gesellschaft	64
V.	Das Postulat der typgerechten Ausgestaltung	68
§ 22	Die Grenzen atypischer Ausgestaltung im Stiftungsrecht	69
I.	Wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche (ideale) Stiftungszwecke	69
1.	Der formelle Zweckbegriff	69
2.	Keine formellen Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Stiftungszwecks	71
3.	Öffentliche und private Interessen als Kriterien zur Zweckbestimmung: der materielle Zweckbegriff	72
4.	Das Verbot wirtschaftlicher Zwecksetzung im Stiftungsrecht	74
a)	Die neuere Lehre	74
b)	Die Immobilisierung von Vermögen	75
c)	Gemischte Zwecksetzung	76
II.	Die Lehre von der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten	77
§ 23	Die Organstiftung	78
I.	Die Stiftung als Bestandteil einer (juristischen) Doppelorganisation	78
II.	Organstiftung und Grundgesellschaft	79
1.	Der Begriff der Organstiftung	79
2.	Grundgesellschaft und Stiftungsverwaltungsgesellschaft	80
3.	Die Organstiftung als Funktionsträgerstiftung	80
III.	Organstiftung und das Problem der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten	81
2. Kapitel		
Anlagestiftung und Unternehmen		82
§ 24	Der Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes	82
I.	Der Begriff der Unternehmung	82
II.	Das nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe	83
III.	Planmäßige Kapitalanlage als Unternehmung	83
IV.	Sach- oder gewinnorientierte Unternehmung	84
§ 25	Die Anlagestiftung als Unternehmensträgerstiftung	85
I.	Begriff und Arten der Unternehmensstiftung	85
1.	Der Zweck als Unterscheidungskriterium	85
2.	Der Einfluss auf das Unternehmen	85
3.	Arten der Verbindung mit einem Unternehmen	86
4.	Anstaltsträgerstiftung und Unternehmen im besonderen	86
II.	Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung	87
1.	Das Unternehmen als Mittel	87
a)	Der Betrieb eines Gewerbes im Vereinsrecht	87

b) Stiftung mit sachorientierter Unternehmung	87
c) Stiftung mit gewinnorientierter Unternehmung	88
2. Die Eignung der Stiftung zum Betrieb eines Unternehmens	89
III. Anlagestiftung und Unternehmensträgerschaft	92

3. Kapitel

Die Rechtsverhältnisse in der Anlagestiftung	93
--	----

§ 26 Die Anlagestiftung als (juristische) Doppelorganisation	93
I. Die Gemeinschaft der Teilnehmer als Grundgesellschaft	93
II. Die Grundgesellschaft als Dachgesellschaft	94
III. Das Verhältnis von Organstiftung und Grundgesellschaft	95
IV. Das Verhältnis der Organstiftung zu den Mitgliedern der Grundgesellschaft	96
V. Die Eigentumsverhältnisse bei der Anlagestiftung	96
§ 27 Die Rechtsstellung der Depotbank	98

4. ABSCHNITT

Die rechtliche Behandlung der Anlagestiftung	99
--	----

1. Kapitel

Die Rechtsanwendung bei atypischen Sachverhalten	99
--	----

§ 28 Das Postulat der typgerechten Auslegung	99
I. Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung	99
II. Die typgerechte Auslegung	100
§ 29 Rechtsform und atypische Sachverhalte	101
I. Die Auslegung des Gesetzes	101
II. Die Anwendung von zwingendem und dispositivem Recht	101
1. Zwingendes Recht und Numerus clausus	101
2. Dispositives Recht und Gestaltungsfreiheit	102
III. Die ergänzende Rechtsanwendung bei der Anlagestiftung	103

2. Kapitel

Die Rechtsanwendung bei der Anlagestiftung	104
--	-----

§ 30 Die durch die Anlagestiftung betroffenen Rechtsgebiete	104
I. Die Anwendung von Stiftungsrecht	104
II. Die Anwendung von Gesellschaftsrecht	104
§ 31 Nutzenanwendung: Grundfragen der Haftung und Verantwortlichkeit	105
I. Vorbemerkung	105
II. Doppelstruktur und Rechtsanwendung	105

III. Die Verantwortlichkeit der Verwaltung	106
1. Das anwendbare Recht	106
2. Der Kreis der Verantwortlichen und der Anspruchsberechtigten	107
3. Das Mass der Sorgfalt	107

LITERATURVERZEICHNIS

- Ackermann Josef, Der besondere Zweck der Stiftung unter spezieller Berücksichtigung des Zwecks der Familienstiftung, Diss. Fribourg 1950.
- Albertini Andreas von, Grundlagenforschung zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Zürich 1974.
- Albisetti/Bodmer/Boemle/Gsell/Rutschi, Handbuch des Geld-, Bank- und Börsenwesens der Schweiz, 3. Aufl., Thun 1977.
- Albisetti/Gsell, Bankgeschäfte, Zürich 1979.
- Bär Rolf, Grundprobleme des Minderheitenschutzes in der Aktiengesellschaft, ZBJV 95 (1959) 369 ff.
- Aktuelle Fragen des Aktienrechts, ZSR 85 (1966) II 321 ff.
- Baudenbacher Carl, Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht, Diss. Bern 1978.
- Becker Hermann, Berner Kommentar; Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–183 OR), 2. Aufl., Bern 1941.
- Belser Peter M., Versicherungsgenossenschaften; Eine Studie ihrer rechtlichen Besonderheiten, Diss. Zürich 1975.
- Berger Hans, Die Stellung des Versicherten bei privaten Pensionskassen, Diss. Bern 1939.
- Berndt Hans, Stiftung und Unternehmen; Rechtsvorschriften, Besteuerung, Zweckmässigkeit, 3. Aufl., Berlin 1978.
- Bodmer/Kleiner/Lutz, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934, Zürich 1976.
- Brunner Max, Streifzug durch die Statuten schweizerischer Publikums-Aktiengesellschaften; Eine aktienrechtliche Studie, Bern 1976.
- Bühler Alfred, Zum Prinzip der offenen Tür bei der Genossenschaft, SJZ 67 (1971) 54 ff.
- Bürgi Wolfhart F., Zürcher Kommentar; Obligationenrecht; Die Aktiengesellschaft, Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697 OR), Zürich 1957; (Art. 698–738 OR), Zürich 1969; (Art. 739–771 OR), Zürich 1979.
- Cafilisch Silvio, Die Bedeutung und die Grenzen der rechtlichen Selbständigkeit der abhängigen Gesellschaft im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Zürich 1961.
- Cohen Michael, Der Begriff der Bank im schweizerischen Bankgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Finanzgesellschaften, Diss. Fribourg 1975.
- Druce Jean N., Aufgaben eines Konzernrechts, ZSR 121 (1980) II 273 ff.
- Eberle Robert, Die Behandlung der Stiftung im schweizerischen Recht, Diss. Bern 1929.
- Ebersbach Harry, Handbuch des deutschen Stiftungsrechts, Göttingen 1972.
- Egger August, Zürcher Kommentar; Einleitung und Personenrecht (Art. 1–89 ZGB), 2. Aufl., Zürich 1930.
- Emch Urs, Der Geltungsbereich des Anlagefondsgesetzes, Diss. Bern 1975.
- Forstmoser Peter, Grossgenossenschaften, Diss. Zürich 1970.
- Zur Verwendung der Rechtsform der Genossenschaft, ZSR 112 (1971) I 339 ff.
- Zum schweizerischen Anlagefondsgesetz, Bern/Stuttgart 1972.
- Berner Kommentar: Das Gesellschaftsrecht; Die Genossenschaft, Systematischer Teil und Art. 828–838 OR, Bern 1972.
- Forstmoser/Meier-Hayoz, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. Aufl., Bern 1980.
- Gautschi Georg, Berner Kommentar; Obligationenrecht; Die einzelnen Vertragsverhältnisse; Der einfache Auftrag (Art. 394–406 OR), Bern 1960.
- Gehrig Pierre-Olivier, Faktische Organe im Gesellschaftsrecht; Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen, Zürich 1979.
- Geiger Bruno, Der zivilrechtliche Schutz des Anlegers, Diss. Zürich 1971.
- Gerhard Franz, Die Familienstiftung nach ZGB, ZSR 49 (1930) 137 ff.
- Gerwig Max, Schweizerisches Genossenschaftsrecht, Bern 1957.
- Gnos Peter, Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung im Schweizerischen Recht, Diss. Zürich 1971.
- Graffenried René von, Wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zweck im privaten Körperchaftsrecht, Diss. Bern 1948.

- Gruber Hans, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Bern/Frankfurt a.M. 1975.
- Grüninger/Studer, Kommentar zum Basler Steuergesetz, Basel 1953.
- Gutzwiller Max, Das Recht der Verbandspersonen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel 1967, 427 ff.
- Die Stiftungen, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, 573 ff.
- Zürcher Kommentar: Obligationenrecht; Genossenschaft, Handelsregister und kaufmännische Buchführung (Art. 828–878 OR), Zürich 1972; (Art. 879–926 OR), Zürich 1974.
- Gysin Arnold, Grundlinien des schweizerischen Kartellrechts, ZSR 49 (1930) 364 ff.
- Haefelin Albert, Die Anpassung der Stiftung an veränderte Verhältnisse, Diss. Zürich 1946.
- Heini Anton, Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. II, Einleitung und Personenrecht, Basel/Stuttgart 1967, 515 ff.
- Hirsch Alain, Problèmes actuels du droit de la société anonyme, ZSR 85 (1966) II 1 ff.
- Hubmann Heinrich, Wertung und Abwägung im Recht, Köln, Berlin/Bonn, München 1977.
- Hüppi David, Die Methode zur Auslegung von Statuten; Zugleich ein Beitrag zur Untersuchung von Aufbau und Verhältnis juristischer Auslegungsmethoden, Diss. Zürich 1971.
- Hug Walther, Die rechtliche Organisation der Kartelle und Konzerne, SJZ 37 (1940/41) 321 ff., 344 ff.
- Jäggi Peter, Ungelöste Fragen des Aktienrechts, SAG 31 (1958/59) 57 ff.
- Jäggi/Gauch, Zürcher Kommentar: Obligationenrecht (Art. 18 OR), Zürich 1980.
- Jeanprêtre Raymond, Le contrat de placement collectif dans le système du droit des obligations, in: Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, 287 ff.
- Jolidon Pierre, Problèmes de structure dans le droit des sociétés; Portée et limites de la théorie des types, ZSR 87 (1968) II 427 ff.
- Kaufmann Robert, Begriff und Zweck der Familienstiftung und ihre Abgrenzung von ähnlichen Instituten, Diss. Bern 1954.
- Klaus Felix, Der Schutz des Vereinszweckes, Diss. Fribourg 1977.
- Kleiner Beat, Die Gesetzgebung über das Bankwesen in Bund und Kantonen, 2. Aufl., Zürich 1979.
- Koller Arnold, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Diss. Fribourg 1967.
- Korach Alexander, Die Genossenschaft als Rechtsform für Kartelle, Diss. Zürich 1973.
- Korndörfer Wolfgang, Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 2. Aufl., Wiesbaden 1972.
- Krafft Jean-Louis, Les fonds de prévoyance et la théorie générale des fondations, Diss. Lausanne 1956.
- Kuhlen Lothar, Typuskonzeption in der Rechtstheorie, Berlin 1977.
- Kummer Max, Die Unternehmung diesseits und jenseits der Mauer, ZBJV 113 (1977) 465 ff.
- Kunze Otto, Unternehmensträger-Stiftung und Unternehmensrechtsreform, in: Wirtschaftsfragen der Gegenwart; Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin-New York 1974, 171 ff.
- Leenen Detlef, Typus und Rechtsfindung; Die Bedeutung der typologischen Methode für die Rechtsfindung, dargestellt am Vertragsrecht des BGB, Berlin 1971.
- Lorez Marco, Das Fondsreglement nach dem Bundesgesetz über die Anlagefonds (vom 1. Juli 1966), Diss. Zürich 1972.
- Mandel Roland, Die richterliche Interessenabwägung in der Frage des aktienrechtlichen Minderheitenschutzes, Diss. St. Gallen 1974.
- Masshardt Heinz, Wehrsteuerkommentar; Ausgabe 1980, Zürich 1980.
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar: Sachenrecht; Das Eigentum, Systematischer Teil und Art. 641–654 ZGB, Bern 1958.
- Berner Kommentar: Einleitung und Personenrecht; Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Bern 1966.
- Zur Typologie im Aktienrecht, in: Lebendiges Aktienrecht; Festgabe für Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, 243 ff.
- Körperschaftliche und rechtsgemeinschaftliche Strukturen im Recht der schweizerischen Gesellschaftsformen, in: Sozialwissenschaften im Dienste der Wirtschaftspolitik; Wilhelm Bickel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1973, 319 ff.
- Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 3. Aufl., Bern 1978.

- Meier-Hayoz/Schluep/Ott, Zur Typologie im schweizerischen Gesellschaftsrecht, ZSR 90 (1971) I 293 ff.
- Meier Christoph, Die staatliche Beaufsichtigung der Personalvorsorgestiftungen im geltenden und werdenden Recht mit besonderer Berücksichtigung von Rechtsproblemen aus der Baselstädtischen Aufsichtspraxis, Bamberg 1978.
- Meier-Wehrli Jörg, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gemäss Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG, Diss. Zürich 1969.
- Meier Walter H., Die einfache Gesellschaft im Internationalen Privatrecht, Diss. Zürich 1980.
- Meile Adrian, Verein und Genossenschaft in der Verschiedenheit ihrer Zwecke, Diss. Bern 1947.
- Meile Alexander, Die Rechtsnatur der Wohlfahrtseinrichtungen, insbesondere nach schweizerischem Aktienrecht, Diss. Zürich 1950.
- Mengiardi Peider, Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts; Zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen, ZSR 87 (1968) II 1 ff.
- Merz Hans, Berner Kommentar; Einleitung und Personenrecht; Einleitung (Art. 1–10 ZGB), Bern 1966.
- Meyer Heinz, Rechtsfragen der Personalvorsorgeeinrichtung und insbesondere der Gemeinschaftsstiftung, SVZ 45 (1977) 33 ff.
- Moser Susy B., Wohnbaugenossenschaften, Diss. Zürich 1978.
- Müller Alfred, Die Haftungsverhältnisse bei der einfachen Gesellschaft, Diss. Bern 1938.
- Müller Gunter, Die Rechtsstellung der Depotbank im Investmentgeschäft nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss. Genf 1969.
- Müller Robert, Gesellschaftsvertrag und Synallagma; Die Anwendbarkeit der Normen über die synallagmatischen Verträge auf den Gesellschaftsvertrag, Diss. Zürich 1971.
- Muret Philibert, La notion de but dans les sociétés et les fondations et son application en droit suisse, Diss. Lausanne 1941.
- Naegeli Eduard, Die Doppelgesellschaft als rechtliche Organisationsform der Kartelle, Konzerne und anderen Unternehmerzusammenschlüsse nach deutschem und schweizerischem Recht, 2 Bde., Zürich/Berlin 1936/1941.
- Nenninger John, Der Schutz der Minderheiten in der Aktiengesellschaft nach schweizerischem Recht, Basel 1974.
- Neuhoff/Vinken, Deutsche Stiftungen für Wissenschaft, Bildung und Kultur, Baden-Baden 1969.
- Nitschke Manfred, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970.
- Nobel Peter, Anstalt und Unternehmen; Dogmengeschichte und vergleichende Vorstudien, Diessenhofen 1978.
- Noll Peter, Gesetzgebungslehre, Reinbek b. Hamburg 1973.
- Nordmeyer Andreas, Der Unternehmensbegriff im Konzernrecht, Diss. Köln 1970.
- Nüscheler Fritz, Neuerungen im Stiftungsrecht, SJZ 50 (1954) 187 ff.
- Nussbaum Heinrich, Beispiele mit Anmerkungen und Erläuterungen über öffentliche Beurkundungen mit einer einleitenden Darstellung des massgebenden Rechts, Aarau 1941.
- Ott Walter, Die Problematik einer Typologie im Gesellschaftsrecht, dargestellt am Beispiel des schweizerischen Aktienrechts, Diss. Zürich 1972.
- Patry Robert, Grundlagen des Handelsrechts, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII, Handelsrecht, Basel/Stuttgart 1976, 1 ff.
- Pavel Uwe, Eignet sich die Stiftung für den Betrieb erwerbswirtschaftlicher Unternehmen?, Bad Homburg/Berlin 1967.
- Schweiz, in: Stiftungen in Europa; Eine vergleichende Übersicht (Hrsg. Klaus Neuhoff und Uwe Pavel); Mit einem Nachtrag von Hans G. Wirz, Bedeutende schweizerische gemeinnützige Stiftungen, Baden-Baden 1971, 61 ff.
- Pedrazzini Mario M., Stille Gesellschaft oder (offene) einfache Gesellschaft, SJZ 52 (1956) 369 ff.
- Pellet Marc-André, Le but non économique de l'association. Contribution à l'étude de l'art. 60 al. 1 CC en particulier dans son application aux organisations professionnelles et aux cartels, Diss. Lausanne 1964.
- Pestalozzi Ernst, Der Begriff des idealen Vereins, Diss. Zürich 1952.

- Reimann/Zuppinger/Scharrer, Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Bd. I. Verfassungsrechtliche Grundlagen; Allgemeine Bestimmungen über die Steuerpflicht (§§ 1–18 StG), Bern 1961.
- Reuter Dieter, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen: Ein Beitrag zum Problem der Gestaltungsfreiheit im Recht der Unternehmensformen, Frankfurt a.M. 1973.
- Richard Ulrich, Atypische Kommanditgesellschaft, Diss. Zürich 1971.
- Riemer Hans M., Die Anwendung des Vereinsrechtes auf die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, ZBGR 56 (1975) 257 ff.
- Berner Kommentar; Einleitung und Personenrecht: Die juristischen Personen: Die Stiftungen, Systematischer Teil und Art. 80–89bis ZGB, Bern 1975.
 - Aktuelle Fragen der Personalfürsorgestiftungen, SJZ 73 (1977) 69 ff.
 - Vereine mit widerrechtlichem Zweck, ZSR 119 (1978) I 81 ff.
- Roth Günter H., Das Treuhandmodell des Investmentrechts: Eine Alternative zur Aktiengesellschaft?, Frankfurt a.M. 1972.
- Saxer Andreas, Die Auflösung der einfachen Gesellschaft aus wichtigem Grund, Diss. Bern 1961.
- Schiller Theo, Stiftungen im gesellschaftlichen Prozess: Ein politikwissenschaftlicher Beitrag zu Recht, Soziologie und Sozialgeschichte der Stiftungen in Deutschland, Baden-Baden 1969.
- Schlupe Walter R., Schutz des Aktionärs auf neuen Wegen?, SAG 33 (1960/61) 137 ff., 170 ff.
- Die methodologische Bedeutung des Typus im Recht, in: Festgabe Max Obrecht, Solothurn 1961, 9 ff.
 - Was ist Wirtschaftsrecht?, in: Festschrift für Walther Hug, Bern 1968, 25 ff.
 - Die Beziehungen zwischen der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung der Gesellschaft und der Entwicklung des Rechts, in: Recueil de travaux suisses présentés au VIIIe Congrès international de droit comparé, Basel 1970, 41 ff.
 - Mitbestimmung?, Aktienrechtlicher Ursprung und unternehmensrechtliche Problematik beteiligungsfreier Mitbestimmung, in: Lebendiges Aktienrecht: Festgabe Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, 311 ff.
 - Privatrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration und -kooperation, ZSR 92 (1973) II 153 ff.
 - Innominatverträge, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht: Besondere Vertragsverhältnisse, Basel/Stuttgart 1979, 759 ff.
- Schubiger Cyrill, Die Rechtsstellung des vorsorgebeteiligten Destinatar in der Personalvorsorgestiftung, Diss. Zürich 1976.
- Schweizer Max, Die kantonale Ausführung des schweizerischen Stiftungsrechtes, Diss. Basel 1948 (MS).
- Siegrist Samuel, Die Vermögensrechte der Destinatäre von betrieblichen Personalversicherungseinrichtungen im Lichte des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes, Diss. Zürich 1967.
- Siegwart Alfred, Die Freiheit bei der Wahl der Verbandsform und bei der Einzelgestaltung ihres Inhaltes, in: Festgabe der Freiburger Juristischen Fakultät zum schweizerischen Juristentag 1943, Fribourg 1943, 1973 ff.
- Zürcher Kommentar: Obligationenrecht: Personengesellschaften (Art. 530–619 OR), Zürich 1938.
 - Zürcher Kommentar: Obligationenrecht: Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen (Art. 620–659 OR), Zürich 1945.
- Specker Christian, Die Abgrenzung des Vereins von der wirtschaftlichen Verbandsperson, Diss. Fribourg 1948.
- Stachelin Thomas, Die Treuhandanlage: Ein Beitrag zur Frage des Treuhandrechts im Bankgeschäft, Diss. Basel 1973 (MS).
- Steiger Fritz von, Grundriss des schweizerischen Genossenschaftsrechts, Zürich 1963.
- Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 4. Aufl., Zürich 1970.
- Steiger Werner von, Gesellschaftsrecht, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VIII, Handelsrecht, Basel/Stuttgart 1976, 211 ff.
- Steuck Heinz-Ludwig, Die Stiftung als Rechtsform für wirtschaftliche Unternehmen; Ihre Struktur und Besteuerung, Berlin 1967.

- Stockmann Heinrich, Zum Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre, in: Lebendiges Aktienrecht; Festgabe Wolfhart Friedrich Bürgi, Zürich 1971, 387 ff.
- Strickrodt Georg, Probleme zur rechtlichen Struktur von Stiftungsunternehmen, Baden-Baden 1960.
- Die Erscheinungsformen der Stiftungen des privaten und öffentlichen Rechts, NJW 15 (1962) II 1480 ff.
 - Rechtsfähige Stiftungen des privaten Rechts, JZ 19 (1964) 576 ff.
 - Stiftungsrecht; Geltende Vorschriften und rechtspolitische Vorschläge, Baden-Baden 1977.
 - Ordnungsaufgabe und Leistungsidee der Funktionsträgerstiftung – zugleich ein Beitrag zur speziellen Rechtstatsachenforschung, in: Deutsches Stiftungswesen 1966–1976; Wissenschaft und Praxis, Tübingen 1977, 323 ff.
- Suter André, Untersuchungen zur Rechtsstellung des Destinatärs von Personalvorsorgestiftungen – Geltendes und werdendes Recht, ZBJV 109 (1973) 337 ff.
- Teitler Eric, Die Einmann-Immobilien-Aktiengesellschaft; Eine Untersuchung ihrer zivilrechtlichen Besonderheiten verglichen mit dem direkten Grundeigentum im Rahmen des Kauf- und Erbrechts, Diss. Zürich 1969.
- Treeck Joachim, Das Ausscheiden aus der Doppelgesellschaft, Diss. Tübingen 1968.
- Tschäni Rudolf, Funktionswandel des Gesellschaftsrechts; die europäisch-gemeinschaftlichen Versuche einer strukturellen Unternehmenskontrolle, illustriert am Verhältnis von Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht, Diss. Zürich 1978.
- Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975.
- Vinken Horst, Die Stiftung als Trägerin von Unternehmen und Unternehmensteilen; Ein Beitrag zur Morphologie der Einzelwirtschaften, Baden-Baden 1970.
- Vogel Hans-Albrecht, Die Familienkapitalgesellschaften; Typologische Grundlegung und Probleme der Rechtspraxis, Diss. Zürich 1974.
- Vogelsang Alfred E., Essai d'une étude dogmatique de la société simple en droit suisse, Diss. Lausanne 1931.
- Walser Hermann, Die Personalvorsorgestiftung, Diss. Zürich 1975.
- Wehrli Fritz, Die Saldomethode der Kartellkommission; Darstellung und Kritik aus ordnungspolitischer Sicht, Diss. Zürich 1980.
- Wehrli Ulrich, Die Führung autonomer Pensionskassen in bankbetrieblicher Sicht, Diss. Zürich 1976.
- Widmer Kurt, Das Recht des Aktionärs auf Auskunfterteilung de lege lata und de lege ferenda (Art. 697 OR), Diss. Zürich 1961.
- Wiederhold Johannes, Stiftung und Unternehmen im Spannungsverhältnis, Diss. Mannheim 1971.
- Wiget Niklaus, Gläubigerschutz bei nichtigen Familienstiftungen, Diss. Zürich 1972.
- Wirz Hans G., Die Personal-Wohlfahrtseinrichtungen der Schweizerischen Privatwirtschaft - ihre Stellung im Steuerrecht und ihre Beaufsichtigung; Ausgabe B, erster, zweiter und dritter Teil, Stäfa 1955.
- 10 Jahre IST – Eine Idee setzt sich durch; Referat anlässlich der 10. Mitgliederversammlung der Investmentstiftung für Personalvorsorge IST vom 11. November 1976, Schriftenreihe der IST Nr. 1, Zürich 1977.
- Wohlmann Herbert, Die Treuepflicht des Aktionärs; Die Anwendung eines alten Rechtsgrundsatzes auf den Aktionär, Diss. Zürich 1968.
- Zingg Ernst, Die Rechtsstellung des Destinatärs bei Personalfürsorge-Stiftungen von privaten Unternehmungen, Diss. Zürich 1943.

Zur thematischen Einführung

“Der Gesetzgeber drängt seine (Modell-)Anzüge niemandem auf” (Koller).

“Im Wirtschaftsleben ist der Geist der Rechtserfindung stets am Werke, der Vieltätigkeit der organisatorischen Verhältnisse und Bedürfnisse in möglichst zweckmässiger Weise Rechnung zu tragen und insbesondere auf dem Gebiete der kollektiven Wirtschaftsbetätigung für jeden einzelnen Fall die bekömmlichste Form zurechtzuzimmern” (Naegeli).

“Wo Vorbilder im Gesetze fehlten, schufen sich die Beteiligten die Rechtsformen in zum Teil kühnen Konstruktionen selbst” (Koller).

§ 1 Einleitung

Die Investment- oder Anlagestiftung ist eine Erscheinung der jüngeren Rechtspraxis. Sie steht in engem Zusammenhang mit den Personalvorsorgeeinrichtungen der 2. Säule.

Die Vermögen der beruflichen Vorsorge nahmen seit dem 2. Weltkrieg sprunghaft zu, was vor allem kleine und mittlere Personalvorsorgeeinrichtungen vor erhebliche Verwaltungs- und insbesondere Anlageprobleme stellte. Im Vordergrund stand dabei das Bedürfnis nach grösserer Risikoverteilung und nach Werterhaltung in Zeiten steigender Inflation durch Anlage in Sachwerten¹. Die bestehenden Anlagefonds vermochten jedoch diese Ansprüche nicht zu erfüllen, da hohe Kommissionen, fehlende Mitsprache und ungenügende Transparenz weder der sozialen Struktur der Personalvorsorgeeinrichtung noch den Anforderungen der Verwaltung von Sozialvermögen genügend Rechnung tragen². Ausserdem traten Ende der Sechzigerjahre im In- und Ausland vermehrt Missbräuche auf dem Gebiet der Anlagefonds auf³, was diese für auf Sicherheit bedachte Anlagen unattraktiv machte.

Das Herauswachsen aus den besonderen Bedürfnissen der Anlage von Vermögen und der enge Zusammenhang mit der Personalvorsorge haben die Struktur der Anlagestiftung entscheidend bestimmt. Weit über die Ansätze in Art. 89bis ZGB werden hier korporative Strukturen im Stiftungsrecht verwirklicht.

Die ersten selbständigen Anlagevermögen (Investment-Trusts) entstanden in England⁴. Mit der Etablierung dieser Einrichtung in Kontinentaleuropa setzte sich auch die englische Bezeichnung (Investment-Funds) im deutschen Sprachraum durch. Es ist naheliegend, den englischen Begriff für Geldanlage (Investment) auch für das hier untersuchte Gebilde, die *Investmentstiftung*, zu verwenden. Gleichwohl wird in der Folge in Anlehnung an den allgemeinen Sprachgebrauch, welcher auch jener des Gesetzgebers ist⁵, einfachheitshalber von der *Anlagestiftung* gesprochen.

Der hier verwendete Begriff der (Rechts-)Form entspricht dem Allgemeinbegriff von Gesellschaft oder Stiftung und ergibt sich aus der Legaldefinition und den weiteren zwingenden Vorschriften. Der Begriff des *Typus* wird ausschliesslich im logischen Sinne gebraucht.

Mitwirkung und *Beteiligung* bedeuten ganz allgemein Verhältnisse zu einem anderen Rechtssubjekt. Mit *Mitgliedschaft* wird das Gesellschaftsverhältnis oder die Mitwirkung im Organ einer juristischen Person oder Personengesellschaft bezeichnet. *Teilnahme* bedeutet im besonderen die Mitwirkung an der Anlagestiftung.

1 Vgl. hinten § 17 II.

2 Vgl. ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 42.

3 WIRZ, IST Nr. 1, 4.

4 ALBISETTI/BODMER/BOEMLE/GSELL/RUTSCHI 38.

5 Vgl. BG vom 1. Juli 1966 über die *Anlagefonds*.

Nachdem das karitative Moment aufgrund der Beitragsparität weitgehend aus (dem Begriff) der *Personalvorsorge* verschwunden ist, wird in der vorliegenden Arbeit nur der gesetzliche Tatbestand mit *Personalfürsorge* angesprochen.

1. ABSCHNITT

Anlagestiftung und gesetzlicher Stiftungstypus

1. Kapitel

Die Anlagestiftung als Gebilde der Rechtspraxis

§ 2 Vorbemerkung

Bis heute sind sieben Anlagestiftungen entstanden, welche im wesentlichen dieselbe Struktur und Organisation aufweisen, was in typologischer Hinsicht von Bedeutung ist. Die Gebilde sind nicht nur miteinander verwandt, sondern stellen einen eigenständigen Realtypus der Stiftung dar. Dessen organisatorischer Aufbau wird in den folgenden Paragraphen herausgearbeitet. Da das Gesetz die Anlagestiftung nicht kennt und im übrigen die Bestimmung der Organisation der Stiftung der Stiftungsurkunde zuweist, erfolgt die Ordnung der Anlagestiftung praktisch ausschliesslich durch Statuten¹ und Reglement sowie durch weitere (interne) Ausführungsvorschriften^{2,3}. Im folgenden Paragraphen werden die Anlagestiftungen vorerst noch in der Reihenfolge ihrer Entstehung hinsichtlich Name, Sitz, Vermögen und Teilnehmerzahl vorgestellt.

1 Mit Statuten wird die Stiftungsurkunde bezeichnet.

2 Die neben den Statuten bestehende Grundordnung der Stiftung wird hier als *Organisationsreglement* bezeichnet. Die weitere (interne) Ordnung erfolgt durch *Geschäftsreglemente*. Die Kapitalanlagevorschriften, so z.B. auch das Prinzip der Risikoverteilung, sind in speziellen *Anlagerichtlinien* enthalten. Im folgenden wird grundsätzlich nur die Grundordnung der Anlagestiftung (Statuten und Organisationsreglement) berücksichtigt.

3 Die *Statuten* enthalten Bestimmungen über Name, Sitz, Teilnahmerechtigung, Zweck, Vermögensarten und -bindung, Aufsicht, ordentliche und ausserordentliche Organe, Kompetenzen von Stiftungsrat und Versammlung, Stimmrecht, Zusammensetzung und Amtsdauer des Stiftungsrates, Vertretungsrechte im Stiftungsrat, Delegation von Verwaltungsaufgaben, Zusammensetzung, Amtsdauer und Aufgaben der Kontrollstelle, Statutenänderung, Stiftungsauflösung und Vermögensliquidation sowie Vorbehalte für Organisationsreglement und Anlagerichtlinien. Die weiteren (organisatorischen) Bestimmungen sind in den Organisationsreglementen enthalten. Nur COLUMNA umschreibt die Organisation der Versammlung in den Statuten näher. Im übrigen sind die Abweichungen unbedeutend. In den *Organisationsreglementen* ist im wesentlichen enthalten: Voraussetzungen und Erwerb der Teilnehmerschaft, Gliederung des Anlagevermögens, die Rechte der Teilnehmer, insbesondere Inhalt, Erwerb und Rückgabe des Anspruchs, Organisation von Versammlung und Stiftungsrat, Verwaltungskosten, Information und Rechnungsablage.

§ 3 Die sieben Anlagestiftungen

Die Hauptaufgabe der Anlagestiftung besteht in der Verwaltung und Anlage von Kapitalien. Naturgemäss sind diese im allgemeinen stark mit Banken verbunden. Charakteristisch für die wirtschaftliche Bedeutung der Anlagestiftungen ist deshalb weniger die Zahl der Teilnehmer¹ als die Höhe des verwalteten Vermögens. Der Sitz der Stiftung ist ohne Belang, da die Anlagestiftungen der Bundesaufsicht unterstehen. Die nachfolgend in den Überschriften angeführten Bezeichnungen sind jene, unter welchen die Anlagestiftungen im Geschäftsverkehr in Erscheinung treten.

I. Investmentstiftung für Personalvorsorge IST

Die IST wurde durch elf Pensionskassen am 24. Februar 1967 als unselbständige Einrichtung (ohne eigene Rechtspersönlichkeit) im Rahmen der "Interkantonalen Gemeinschaftsstiftung (IGP)" unter dem Namen "Investmentkasse für Personalvorsorge" errichtet. Sie bot als erste, für die besonderen Bedürfnisse der Personalvorsorge strukturierte Einrichtung die Möglichkeit kollektiver Vermögensanlage. Das rasche Wachstum der Investmentkasse führte mit Wirkung auf den 1. Januar 1970 zu deren rechtlicher Verselbständigung durch die IGP als Stifterin unter dem Namen "Investmentstiftung für Personalvorsorge"². Die IST verwaltete Ende Juli 1980 ein Vermögen von Fr. 587,3 Mio. (exkl. Zentralkasse von rund Fr. 300'000.—) und zählte 1'041 Teilnehmer (Mitglieder).

Sitz der Stiftung ist Bern.

II. Anlagestiftung für schweizerische Personalvorsorgeeinrichtungen AST

Die AST wurde am 1. März 1972 durch Banken und Versicherungsgesellschaften³ als Stifter unter dem Namen "Anlagestiftung für schweizerische Personalvorsorgeeinrichtungen"⁴ errichtet. Ende Juli 1980 verwaltete sie ein Vermögen von Fr. 1'129,8 Mio. (exkl. Stammvermögen von Fr. 218'000.) und zählte 1'612 Teilnehmer (Mitstifter).

Der Sitz der Stiftung befindet sich in Basel.

1 Zum Begriff des Teilnehmers vgl. § 5 Anm. 4 und § 6.

2 Fondation d'Investissement pour la prévoyance en faveur du personnel
Fondazione d'investimento di previdenza in favore del personale
Investment-Foundation for pension funds

3 Schweiz. Bankverein, Bank Leu AG, Hentsch & Cie., Sarasin & Cie., Vontobel & Co., Basler Lebens-Versicherungs-Gesellschaft, Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt.

4 Fondation pour le placement de capitaux d'institutions suisses de prévoyance
Fondazione per l'investimento di capitali d'instituti svizzeri di previdenza

III. Anlagestiftung der Schweizerischen Bankgesellschaft für Personalvorsorge

Am 30. April 1973 errichtete die Schweizerische Bankgesellschaft als Stifterin unter dem Namen "Anlagestiftung der Schweizerischen Bankgesellschaft für Personalvorsorge" eine eigene Anlagestiftung (nachfolgend einfachheitshalber ASPV genannt). Ende Juli 1980 verwaltete diese ein Vermögen von Fr. 442,9 Mio. (exkl. Grundkapital von Fr. 137'200.—) und zählte 862 Teilnehmer.

Die Stiftung hat ihren Sitz in Zürich.

IV. PREVISTA Anlagestiftung für Personalvorsorge-Einrichtungen

Die PREVISTA wurde am 29. Juni 1973 durch die Mitglieder des Verbandes Schweizerischer Kantonalbanken als Stifter unter dem Namen "PREVISTA Anlagestiftung für Personalvorsorge-Einrichtungen" errichtet. Ende Juli 1980 verwaltete sie ein Vermögen von Fr. 958,9 Mio. (exkl. Stammkapital von Fr. 249'500.—) und zählte 1'471 Teilnehmer (Mitstifter).

Die Stiftung hat ihren Sitz in Zürich.

V. COLUMNAINVEST Anlagestiftung der Schweizerischen Volksbank für die berufliche Vorsorge

Die COLUMNAINVEST wurde am 19. Dezember 1973 durch die Schweizerische Volksbank als Stifterin unter dem Namen "COLUMNAINVEST Anlagestiftung der Schweizerischen Volksbank für die berufliche Vorsorge" errichtet. Ende Juli 1980 verwaltete sie ein Vermögen von Fr. 354,3 Mio. (exkl. Widmungsvermögen von Fr. 52'000.—) und zählte 795 Teilnehmer (Anleger).

Die Stiftung hat ihren Sitz in Bern.

VI. ANSKA Schweizerische Kreditanstalt Anlagestiftung 2. Säule

Die ANSKA wurde am 20. März 1974 durch die Schweizerische Kreditanstalt als Stifterin unter dem Namen "Schweizerische Kreditanstalt Anlagestiftung 2. Säule"⁵

⁵ Crédit Suisse Fondation pour le placement de capitaux 2ème pilier
Credito Svizzero Fondazione per l'Investimento 2a colonna

errichtet. Ende Juli 1980 verwaltete sie ein Vermögen von Fr. 359,5 Mio. (exkl. Fr. 127'700.— Stammvermögen) und zählte 718 Teilnehmer (Mitstifter).

Die Stiftung hat ihren Sitz in Zürich.

VII. Anlagestiftung der schweizerischen Arbeitnehmer-Organisationen für die berufliche Vorsorge

Am 23. August 1976 errichteten die vier führenden Arbeitnehmerorganisationen der Schweiz⁶ als Stifter unter dem Namen "Anlagestiftung der schweizerischen Arbeitnehmer-Organisationen für die berufliche Vorsorge" eine Anlagestiftung (nachfolgend einfachheitshalber ASA genannt). Ende Juli 1980 verwaltete diese ein Vermögen von Fr. 79,7 Mio. (exkl. Stammvermögen von Fr. 10'000.—) und zählte 92 Teilnehmer (Mitstifter).

Der Sitz der Stiftung befindet sich in Basel.

⁶ Schweizerischer Gewerkschaftsbund, Vereinigung Schweizerischer Angestelltenverbände, Christlichnationaler Gewerkschaftsbund der Schweiz und Schweizerischer Verband evangelischer Arbeitnehmer.

§ 4 *Der Zweck der Anlagestiftung*

Die Anlagestiftung bezweckt die gemeinsame Anlage und Verwaltung von Geldern der beruflichen Vorsorge unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Risikoverteilung¹. Die in praktisch allen Zweckumschreibungen vorgesehene Förderung der Personalvorsorge² ist die logische Folge der die Personalvorsorgeeinrichtungen entlastenden Tätigkeit der Anlagestiftung und ist allenfalls als deren (entfernteres) Ziel anzusprechen.

1 Bei der IST ist der Zweck insofern etwas erweitert, als die Anlage und Verwaltung von Fürsorgegeldern ganz allgemein bezweckt wird, also nicht auf die berufliche Vorsorge beschränkt ist. Weiter ist auch die Zweckumschreibung der COLUMNA, welche ferner die Beratung und Interessenwahrung der Teilnehmer vorsieht.

2 Mit Ausnahme von ASPV, welche aber sinngemäss dasselbe zum Ausdruck bringt: "bezweckt, Personalvorsorgeeinrichtungen zur Lösung ihrer Aufgaben eine Vermögensanlage ... zu ermöglichen".

§ 5 Die Struktur der Anlagestiftung

I. Personelles und materielles Substrat

In personeller Hinsicht weist die Anlagestiftung zwei Kategorien von Mitwirkenden auf. Dies sind einerseits die *Gründungsstifter*, welche bei der Entstehung der Stiftung mitwirken und das Anfangsvermögen aufbringen. Es handelt sich dabei vor allem um Banken, Versicherungsgesellschaften und Verbände. Sie treten im allgemeinen nicht als Anleger auf, verfügen jedoch durch Vertretungsrechte im Stiftungsrat über eine starke Stellung in der Verwaltung der Stiftung¹. Vor allem in dieser besonderen Rechtsstellung gegenüber der Stiftung unterscheiden sie sich von den Personalvorsorgeeinrichtungen andererseits, hier als *Teilnehmer* bezeichnet², welche in den Eigenschaften als Mitstifter und Anleger auftreten³.

Die Mitstiftereigenschaft erlangt der Teilnehmer durch eine geringfügige Zuwidmung an das Stiftungsvermögen. Anleger wird, wer durch die Anlage von Kapitalien Ansprüche erwirbt. Beide Eigenschaften sind untrennbar miteinander verbunden.

In struktureller Hinsicht sind die beiden Eigenschaften jedoch scharf auseinanderzuhalten. In seiner Eigenschaft als Mitstifter nähert sich der Teilnehmer im Verhältnis zur Stiftung demjenigen eines Stifters. Als Anleger hingegen hat der Teilnehmer eine destinatarähnliche Stellung, welche jedoch mit jener des typischen (ursprünglichen) Stiftungsdestinatärs wenig gemein hat, so dass der Destinatärbegriff auf diesen Sachverhalt nicht passt⁴.

In vermögensmässiger Hinsicht werden das durch die Zuwidmung vermehrte Anfangsvermögen (Stammvermögen) und die Anlagekapitalien (Anlagevermögen) unterschieden⁵. Das Stammvermögen, welches als Widmungsvermögen das eigentliche Stiftungsvermögen i.S. von Art. 80 ZGB darstellt, hat im Verhältnis zu den Anlagekapitalien substantiell nur geringe Bedeutung.

1 Vgl. § 7 II 1; Gründungsstifter der IST sind Pensionskassen.

2 Ebenso ASPV.

3 Als *Teilnehmer* wird hier der an der Anlagestiftung Mitwirkende bezeichnet, welcher nicht zugleich Gründungsstifter ist. Bei den Anlagestiftungen werden dafür die Begriffe Mitglied (IST) und Mitstifter (AST, PREVISTA, ANSKA und ASA) verwendet. Als *Mitstifter* wird hier der Teilnehmer nur in seiner Eigenschaft als Widmer (Stifter) eines (geringfügigen) Vermögensteiles bezeichnet. Auch bei COLUMNA wird von Teilnahme gesprochen und wie hier die beiden Eigenschaften als Mitstifter und Anleger unterschieden, wobei die Mitwirkung in jeder Eigenschaft unabhängig von der andern möglich ist. Bei ASA wird von Mitstiftern gesprochen, obwohl nur Mitwirkung in der Eigenschaft als Anleger vorgesehen ist. Vgl. auch § 6.

4 Vgl. hinten § 17 I.

5 Zu den Vermögensverhältnissen und den entsprechenden Begriffen vgl. § 8.

II. Anstaltliche und körperschaftliche Strukturen

Auf den ersten Blick könnte man es mit einer Körperschaft zu tun haben. Die Anlagestiftung verfügt über "Mitglieder" und eine ausgeprägt korporative Organisation. Statutarisch vorgesehen sind drei Organe, Versammlung, Stiftungsrat und Kontrollstelle, welche schwerpunktmässig Willensbildungs-, Verwaltungs- bzw. Aufsichtsorgan sind. Diese Erscheinung ist zwar nicht neu, da bei Personalvorsorgestiftungen ähnliche Verhältnisse herrschen. Die Doktrin hat sich jedoch damit bis heute m.W. noch nie eingehend unter strukturellen Aspekten befasst. Typischerweise ist denn auch stets nur von körperschaftlichen *Elementen* die Rede und nicht von körperschaftlichen *Strukturen*. Diese herauszuarbeiten, ist Aufgabe dieser Arbeit, weshalb auf die Ausführungen in den folgenden Abschnitten verwiesen werden kann.

§ 6 Die Teilnahme an der Anlagestiftung

Der Anlagestiftung können sich in der Schweiz domizilierte Personalvorsorgeeinrichtungen anschliessen¹, sofern sie von der Wehrsteuer befreit und in ihrem Sitzkanton die Anforderungen der betreffenden kantonalen Steuergesetze für die Steuerbegünstigung erfüllen. Die Teilnahme erfolgt durch die Widmung einer Summe von mindestens Fr. 100.– an das Stammvermögen² und den Erwerb von wenigstens einem Anspruch am Anlagevermögen³. Der Stiftungsrat überprüft, ob die Voraussetzungen zur Aufnahme in die Stiftung erfüllt sind⁴.

Die Teilnahme erlischt, wenn der Teilnehmer sämtliche Ansprüche liquidiert⁵.

1 Entsprechend der erweiterten Zweckumschreibung ist auch der Teilnehmerkreis bei IST grösser. Vgl. § 4 Anm. 1.

2 AST, ASPV, PREVISTA und ANSKA. Bei COLUMNA ist sowohl der Anschluss als Teilnehmer (Anleger) allein wie auch (ausnahmsweise) als Mitstifter ohne Anlage möglich. Im Falle des Beitritts als Mitstifter wird der Widmungsbeitrag vertraglich festgesetzt.

3 Bei IST und ASA ist eine Teilnahme ohne Widmung und daraus folgender Mitstiftereigenschaft möglich.

Formell erfolgt die Teilnahme durch schriftliche Beitrittserklärung mit dem Inhalt, die Teilnahmevoraussetzungen zu erfüllen, Statuten und Reglement anzuerkennen sowie die Anlagestiftung zur Rückforderung der Verrechnungssteuer zu ermächtigen. Die Aufnahme wird sodann durch die Stiftung schriftlich bestätigt. Bei COLUMNA wird die Anschlussvereinbarung von beiden Parteien unterzeichnet; bei IST erfolgt die Teilnahme durch blosser Einzahlung der Anlagegelder, worauf dem Teilnehmer ein Mitgliedschaftsausweis ausgestellt wird.

4 Bei PREVISTA und ANSKA kann er die Aufnahme ohne Angabe von Gründen verweigern.

5 Gleichzeitig verliert der Teilnehmer die Eigenschaft als Mitstifter (AST, ASPV, ANSKA) sowie den Anspruch an das Stammvermögen (PREVISTA, COLUMNA, ANSKA).

§ 7 Die Organisation der Anlagestiftung

I. Die Organe der Anlagestiftung

Die statutarischen Organe der Anlagestiftung sind^{1,2}:

- die Teilnehmerversammlung,
- der Stiftungsrat und
- die Kontrollstelle.

Alle Anlagestiftungen sehen Delegationsmöglichkeiten der Verwaltungsaufgaben auf eine Geschäftsleitung und den Erlass eines Reglementes für die interne Organisation vor. Dort sind im wesentlichen als weitere Organe

- die Geschäftsführung³ und
- die Anlagekommission(en)⁴

vorgesehen⁵. Ferner kommen Ausschuss des Stiftungsrates⁶, Delegierter des Stiftungsrates⁷ und Anlageausschuss⁸ vor⁹. Zu erwähnen sind ferner auch die Depotbanken¹⁰.

Formell oberstes Organ ist die Versammlung, indem ihr die Kompetenz für die grundlegenden Entscheide über die Organisation (Genehmigung von Reglement und Satzungsänderungen) und die Beendigung der Stiftung und die Kontrolle von Rechnungs- und Geschäftsführung (Dechargeerteilung) zukommt sowie die Wahl der wichtigsten Organe¹¹. Funktionell ist jedem Organ ein bestimmter Aufgaben-

1 Gesetzlich vorgeschrieben ist nur *ein* Organ, welches Geschäftsführung und Verwaltung besorgt. Der Stiftungsrat kann deshalb grundsätzlich als *gesetzliches* Organ bezeichnet werden.

2 Bei PREVISTA sind auch die Anlagekommissionen statutarische Organe; ebenso bei COLUMNA, auch wenn sie dort nicht ausdrücklich im Organkatalog erscheinen.

3 Auch als Direktion bezeichnet (IST).

4 Zur Terminologie: Als Anlagekommission wird hier das für die Anlage der Kapitalien direkt verantwortliche Organ, als Anlageausschuss ein diesem übergeordnetes (Aufsichts-)Organ bezeichnet.

Alle Anlagestiftungen sehen ein oder mehrere Organe für die Kapitalanlage vor (Anlagekommissionen, -komitees oder -ausschüsse genannt). Als typisch ist die Einrichtung einer Kommission je Anlagebereich (Obligationen, Aktien usw.; vgl. hinten § 8 Anm. 7) anzusehen. Diesen Anlagekommissionen ist bei zwei Anlagestiftungen (IST, ASA) ein Anlageausschuss übergeordnet, welcher Grundsatzentscheide zu fällen und die Anlagekommission zu überwachen hat. Zwei Stiftungen verfügen über nur ein einziges Anlageorgan (AST, ASPV), welches als Anlageausschuss bezeichnet wird, aber die Funktionen der Anlagekommission ausübt. In einem dieser Fälle (AST) sind zwar Anlagekommissionen vorhanden, welche jedoch nur beratende Funktion und daher keine Organeigenschaft haben.

5 Die Aufgaben dieser Organe sind in den Organisationsreglementen nicht näher umschrieben. Die entsprechende Ordnung erfolgt in speziellen Geschäftsreglementen.

6 IST, AST und ANSKA.

7 COLUMNA.

8 Vgl. soeben Anm. 4.

9 Diese können aber für die Anlagestiftung nicht als typisch bezeichnet werden.

10 Diese sind jedoch nur bei IST, PREVISTA und ASA ausdrücklich genannt.

11 Bei PREVISTA ist dies fraglich, da wichtige (Statuten-)Bestimmungen unabänderlich sind. Vgl. hinten Anm. 51.

kreis zugeordnet, wobei die Kompetenzen von Geschäftsführung und Anlagekommissionen durch den Stiftungsrat bestimmt werden¹².

II. Das gesetzliche Organ: der Stiftungsrat

1. Bestellung und Zusammensetzung

Der Stiftungsrat besteht aus (mindestens) 5–21 Mitgliedern¹³, deren Amtsdauer zwei bis vier Jahre beträgt. Wiederwahl ist zulässig^{14,15}. Wahlorgan ist die Mitgliederversammlung, soweit nicht ein besonderes Entsendungsrecht¹⁶ vorgesehen ist. Derartige Vertretungsrechte stehen den Stiftern zu¹⁷. Die Vertreter der Teilnehmer verfügen jedoch stets über die Mehrheit im Stiftungsrat¹⁸. Die Mitglieder des Stiftungsrates müssen natürliche Personen sein¹⁹.

2. Organisation und Aufgaben des Stiftungsrates

Der Stiftungsrat konstituiert sich grundsätzlich selbst. Vorgesehen ist lediglich die Bezeichnung eines Präsidenten²⁰. Jedem Mitglied des Stiftungsrates kommt eine Stimme zu. Der Stiftungsrat ist beschlussfähig, wenn die Mehrheit der Mitglieder anwesend ist²¹. Beschlüsse werden mit dem einfachen Mehr gefasst. Bei Stimmengleichheit zählt die Stimme des Vorsitzenden doppelt (Stichentscheid)^{22,23}. Die Beschlussfassung kann auch auf dem Zirkulationsweg erfolgen²⁴.

12 Um Kompetenzkonflikte zu vermeiden, kommen dem Stiftungsrat alle Kompetenzen zu, die nicht ausdrücklich der Versammlung bzw. einem anderen Organ zustehen.

13 IST und COLUMN 5, PREVISTA und ANSKA 7, ASPV 10, AST 15, ASA 21.

14 Bei ASA besteht eine altersmässige Begrenzung auf 70 Jahre (Wahlvoraussetzung).

15 Vgl. hinten Anm. 22.

16 Bei IST, ASPV und PREVISTA ist fraglich, ob es sich um ein solches handelt. Es könnte sich auch bloss um ein Vorschlagsrecht handeln, so dass die Wahl aus wichtigen Gründen abgelehnt werden kann.

17 Bei IST steht dieses Recht auch den Depotbanken zu.

18 Diese Mehrheit ist bei COLUMN für die Mindestbesetzung nicht vorgeschrieben. Als Besonderheit sieht ASA vor, dass mindestens die Hälfte der Stiftungsratsmitglieder aus Arbeitnehmern bestehen muss.

19 So ausdrücklich: PREVISTA, COLUMN und ANSKA; bei den andern ergibt sich dies aus dem Zusammenhang der Vorschriften und ist auch tatsächlich der Fall.

20 Dieser wird bei IST und COLUMN durch die Versammlung gewählt und bei ANSKA durch die Stifter bezeichnet.

21 COLUMN sieht die Anwesenheit von drei Fünfteln der Mitglieder vor.

22 Zulässigkeit der Wiederwahl, Anwesenheitsquorum, Beschlussfähigkeit und Stichentscheid sind bei IST in einem Geschäftsreglement geregelt.

23 Bei Wahlen entscheidet bei ASA das Los.

24 Bei PREVISTA ist dies nicht vorgesehen. IST verlangt in diesem Fall eine Stimmenmehrheit

Dem Stiftungsrat obliegt die Ausführung des Stiftungszweckes²⁵. Er ist das oberste Verwaltungsorgan der Stiftung und vertritt diese nach aussen. Er erlässt unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Versammlung²⁶ das Organisationsreglement und die Anlagerichtlinien. Der Stiftungsrat regelt ferner die Zeichnungsberechtigung und organisiert die Geschäftsführung im engeren Sinn als einer geschäftsinternen Tätigkeit²⁷. Er hat die Aufnahmevoraussetzungen der Teilnehmer zu prüfen. Sodann erstellt er die Jahresrechnung zuhanden der Versammlung²⁸ und beschliesst über die Verwendung des Reinertrages. Schliesslich hat er die Teilnehmer periodisch über die Entwicklung der Stiftung und der Kapitalanlagen zu informieren²⁹.

Der Stiftungsrat kann zur Erleichterung seiner Arbeit gewisse Aufgaben delegieren³⁰. Durch die vorgesehene Ernennung einer Geschäftsführung und von Anlagekommissionen³¹ kommt ihm die Stellung eines Aufsichtsorgans zu.

3. Entschädigung

Die Entschädigung der Organe der Stiftung und der von diesen Beauftragten erfolgt nach Aufwand³². Alle Kosten werden den einzelnen Anlagegruppen entsprechend ihrer Grösse zum Gesamtvermögen belastet.

Die Anlagestiftung arbeitet zu Selbstkosten. Sie ist nicht gewinnorientiert.

von zwei Dritteln. Jedes Stiftungsratsmitglied kann bei AST und COLUMNNA mündliche Beratung verlangen, ausserdem ist bei COLUMNNA telefonische Abstimmung möglich. Bei IST können drei und bei ASA zwei Mitglieder die Einberufung einer Stiftungsratssitzung und somit auch mündliche Beratung verlangen.

25 So ausdrücklich AST und PREVISTA.

26 Die Versammlung hat Reglement und Anlagerichtlinien bloss zu genehmigen (AST, ASPV, ANSKA, ASA). Bei COLUMNNA liegt die Befugnis zu deren Erlass in der ausschliesslichen Kompetenz der Versammlung. PREVISTA behält die Genehmigungskompetenz der Versammlung nur hinsichtlich des Organisationsreglements vor; der Erlass der Anlagerichtlinien liegt in der ausschliesslichen Kompetenz des Stiftungsrates. Bei IST erlässt die Versammlung das Reglement und der Stiftungsrat die Anlagerichtlinien.

27 Dazu gehört (wohl) auch die Vorbereitung der Versammlung, welche durch den Stiftungsrat einberufen und von dessen Vorsitzenden geleitet wird; die Tätigkeit der Geschäftsführung ist nicht mit dem so bezeichneten Organ der Anlagestiftung zu verwechseln.

28 IST, AST, COLUMNNA und ASA sehen unter den Aufgaben der Versammlung auch die Abnahme des Geschäftsberichtes vor, welcher im übrigen von allen Anlagestiftungen herausgegeben wird.

29 Bei PREVISTA erfolgt die regelmässige Information ohne entsprechende satzungsmässige Vorschrift.

30 Mit diesen delegierten Funktionen können natürliche oder juristische Personen betraut werden (so ausdrücklich AST und ASA). Im übrigen brauchen diese nicht Mitglied des Stiftungsrates zu sein (so ausdrücklich AST, ANSKA und ASA).

31 Bei COLUMNNA werden die Mitglieder der Anlagekommissionen durch die Versammlung gewählt.

32 So ausdrücklich IST, AST, ASPV, PREVISTA, ANSKA und ASA.

III. Die fakultativen Organe

1. Die Teilnehmerversammlung

a) Kompetenzen

Die in den Statuten vorgesehenen Aufgaben der Versammlung sind

- Genehmigung von Organisationsreglement und Anlagerichtlinien und deren Änderungen³³,
- Wahl von Stiftungsrat und Kontrollstelle unter Vorbehalt der direkten Entscheidungsrechte in den Stiftungsrat³⁴,
- Abnahme von Jahresrechnung³⁵ und Kontrollstellenbericht³⁶,
- Dechargeerteilung an den Stiftungsrat³⁷ und die Kontrollstelle³⁸,
- Beschlussfassung über Änderungen der Statuten³⁹ und
- Beschlussfassung über die Auflösung der Stiftung⁴⁰.

b) Organisation

Die Versammlung wird durch Stifter und Teilnehmer gebildet⁴¹. Es wird zwischen ordentlicher und ausserordentlicher Versammlung unterschieden. Ein rechtlicher Unterschied besteht zwischen den beiden Versammlungsarten aber nur insofern, als die ordentliche Versammlung alljährlich innerhalb von sechs Monaten seit Abschluss des Geschäftsjahres stattfinden muss⁴². Ausserordentliche Versammlungen können unter Angabe des Grundes von Stiftungsrat, Kontrollstelle und unter bestimmten Voraussetzungen⁴³ durch die Teilnehmer verlangt werden.

33 Vgl. vorn Anm. 26.

34 Vgl. vorn Anm. 16 und 31.

35 Vgl. vorn Anm. 28.

36 PRE-VISTA und COLUMNNA sehen die Abnahme des Kontrollstellenberichtes nicht vor. Bei COLUMNNA wird der Kontrollstelle jedoch Decharge erteilt, was wohl die vorgängige Berichtsabnahme erfordert.

37 Das ist bei ASPV nicht vorgesehen.

38 IST, COLUMNNA, ANSKA und ASA.

39 Unter Vorbehalt der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde.

40 Vgl. hinten § 10.

41 Die Stifter werden bei IST, ASA und ASPV nicht genannt.

42 Bei PRE-VISTA innert drei Monaten; ASPV verlangt den Zusammentritt innert vier Monaten. IST hat keine diesbezügliche Regelung; vorgesehen ist jedoch die Rechnungslegung innert drei Monaten nach Abschluss des Rechnungsjahres.

Eine a.o. Versammlung ist unverzüglich einzuberufen (AST, ASPV, ANSKA) bzw. innerhalb von 20 Tagen (ASA).

43 Hier ist keine Einheitlichkeit festzustellen. Eine a.o. Versammlung kann verlangt werden: durch mindestens drei (IST) bzw. fünf Teilnehmer (AST, ASPV, ANSKA), welche bei ANSKA wenigstens einen Zehntel aller Ansprüche am Anlagevermögen auf sich vereinigen,

Die Versammlung wird durch den Stiftungsrat schriftlich einberufen^{44,45}. Die Versammlungsleitung obliegt dem Vorsitzenden des Stiftungsrates⁴⁶.

c) *Das Stimmrecht und dessen Ausübung*

Das Stimmrecht der Teilnehmer richtet sich nach der Zahl der erworbenen Ansprüche⁴⁷ am Anlagevermögen⁴⁸. Gesamthaft darf ein Teilnehmer jedoch nicht mehr als einen Fünftel aller vertretenen Stimmen auf sich vereinigen⁴⁹. Ihre Beschlüsse fasst die Versammlung grundsätzlich mit dem einfachen Mehr der anwesenden Stimmen⁵⁰. Davon sehen die Statuten Abweichungen hinsichtlich Statutenänderung⁵¹ und Auflösung der Stiftung⁵² vor.

Bei Angelegenheiten, welche nur bestimmte Anlagegruppen betreffen, ist das Stimmrecht auf die daran beteiligten Teilnehmer beschränkt⁵³. Die Vertretung in der Versammlung ist nur durch einen anderen Teilnehmer aufgrund einer schriftlichen Vollmacht zulässig⁵⁴.

oder durch einen Fünftel (PREVISTA) bzw. einen Zehntel (COLUMNNA, ASA) der Mitglieder, mindestens aber fünf (ASA).

44 Dabei ist eine Frist von mindestens zehn (AST, COLUMNNA, ASA bei der a.o. Versammlung), 20 Tagen (ANSKA, ASA) bzw. drei Wochen (PREVISTA) einzuhalten. Bei ASPV ist keine Frist vorgesehen. Bei IST hat die Einberufung unverzüglich zu erfolgen.

45 Als weitere formelle Vorschrift sehen nur PREVISTA und COLUMNNA ausdrücklich die Bekanntgabe von Traktanden vor. Bei ANSKA geht dies aus der Vorschrift über die Beschlussfassung hervor. So kann über Gegenstände, die nicht formgerecht angekündigt wurden, nicht Beschluss gefasst werden (COLUMNNA, ANSKA und sinngemäss PREVISTA). Ausgenommen ist davon nur der Beschluss über die Einberufung einer neuen Versammlung (COLUMNNA, ANSKA).

46 IST hat keine diesbezügliche Regelung.

47 Jeder Stifter hat eine Stimme (PREVISTA, ANSKA, ASA), bei ASA nur beratender Natur.

48 Bei COLUMNNA delegiert jeder Teilnehmer zwei Vertreter mit je einer Stimme. Ausserdem sind Stiftungsräte stimmberechtigt, welche Stifter oder Mitstifter ohne Anlage vertreten.

49 So bei IST, AST, PREVISTA, ANSKA und ASA.

50 ASA schreibt für die Beschlussfähigkeit die Anwesenheit von mindestens einem Zehntel sowohl der Stimmen als auch der Teilnehmer vor. PREVISTA und COLUMNNA haben den Stichentscheid des Vorsitzenden. Bei COLUMNNA ist die Beschlussfassung auch auf schriftlichem Weg möglich.

51 Es sind Stimmquoten von zwei Dritteln (IST, ASPV, ANSKA) oder drei Vierteln (AST, COLUMNNA, ASA) der vertretenen bzw. zwei Dritteln aller Teilnehmer (PREVISTA) notwendig. Statutenänderungen unterliegen der Zustimmung der Aufsichtsbehörden. ASA behält sich zudem die Zustimmung der Gründungstifter vor. Bei PREVISTA sind die (Statuten-)Bestimmungen über Zweck, Zusammensetzung und gewisse Kompetenzen des Stiftungsrates, Depotbanken und Auflösung unabänderlich.

52 Dazu werden Stimmquoten von drei Vierteln (IST, AST, ASPV, COLUMNNA, ASA) bzw. vier Fünfteln (PREVISTA) aller Mitglieder verlangt, welche bei ASPV zudem die Hälfte des Stiftungsanlagevermögens repräsentieren müssen. Bei ANSKA genügt das einfache Mehr. Zur Auflösung der Stiftung vgl. § 10.

53 IST, PREVISTA, COLUMNNA, ANSKA und ASA.

54 So bei PREVISTA, COLUMNNA, ANSKA und ASA sowie ohne die erwähnte Einschränkung (Vertretung durch einen andern Teilnehmer) AST.

2. Die Kontrollstelle

Die Kontrollstelle überprüft die Rechnungs- und Geschäftsführung in bezug auf Übereinstimmung mit Statuten, Reglement und Anlagerichtlinien⁵⁵. Sie erstattet darüber Bericht an die Versammlung⁵⁶. Die Kontrollstelle wird auf die Dauer von drei Jahren gewählt⁵⁷. Wiederwahl ist unbeschränkt zulässig⁵⁸. Im übrigen kann die Kontrollstelle aus natürlichen oder juristischen Personen bestehen^{59,60}.

3. Geschäftsführung und Anlagekommissionen

Die Satzungen sehen nur vor, dass der Stiftungsrat eine Geschäftsführung bestimmt und deren Aufgaben und Kompetenzen umschreibt⁶¹. Die näheren Umschreibungen sind in speziellen Geschäftsreglementen zu finden.

Ebensowenig sind nähere Umschreibungen der Tätigkeit der Anlagekommissionen in den Satzungen vorhanden. Vorgesehen ist lediglich deren Bestimmung (Wahl) durch den Stiftungsrat. Ihre Aufgabe besteht in der Festlegung und Überwachung der Vermögensanlagen. Deren Ausführung ist Aufgabe der Geschäftsführung.

55 IST sieht in den Statuten die Überprüfung der Geschäftsführung ohne Einschränkung vor.

Im Reglement hingegen ist die Kontrolle auch auf die Übereinstimmungsprüfung beschränkt.

56 Und an die Aufsichtsbehörde bei ASPV, PREVISTA und ANSKA.

57 PREVISTA und ANSKA haben eine Amtsdauer von vier Jahren, bei IST besteht keine Beschränkung.

58 Bei ASA endet die Möglichkeit der Wiederwahl mit Vollendung des 70. Altersjahres. IST und COLUMNNA haben keine Bestimmung.

59 Ausdrücklich ist dies bei IST, COLUMNNA, ANSKA und ASA vorgesehen.

60 Nur ASPV und ANSKA haben Inkompatibilitätsvorschriften: Die Mitglieder der Kontrollstelle dürfen weder der Stifterfirma noch einem andern Stiftungsorgan angehören.

61 Nur bei IST sind dessen Aufgaben in den Grundsätzen im Reglement erwähnt.

§ 8 Die Vermögensverhältnisse bei der Anlagestiftung

I. Das Stiftungsvermögen

Das Vermögen der Anlagestiftung besteht aus

- Stammvermögen und
- Anlagevermögen.

Das *Stammvermögen*¹ ist das Widmungsvermögen der Stiftung. Es setzt sich aus dem Anfangsvermögen^{2,3}, also jenem Vermögen, welches durch die Gründungstifter eingebracht wird, und den Zuwendungen der später hinzutretenden Teilnehmer zusammen. Das Stammvermögen ist nicht rückzahlbar⁴ und dient der Stiftung als Betriebskapital⁵.

Das *Anlagevermögen*⁶ umfasst die von den Teilnehmern zum Zweck der gemeinsamen Vermögensanlage eingebrachten Mittel. Es wird in verschiedene, voneinander unabhängige Teilvermögen (Anlagegruppen) aufgegliedert⁷. Die daran bestehenden Vermögensrechte werden als Ansprüche bezeichnet⁸.

Das Stiftungsvermögen ist an den Zweck der beruflichen Vorsorge gebunden⁹ und darf mit Ausnahme der Immobilien nicht verpfändet werden¹⁰.

1 Auch als Grundkapital (ASPV), Widmungsvermögen (COLUMNA) oder Zentralkasse (IST) bezeichnet.

2 10'000.– (ASA), 25'000.– (COLUMNA), 50'000.– (AST, ASPV, ANSKA) und 100'000.– (PREVISTA).

3 IST nimmt insofern eine Sonderstellung ein, als ihr bei der Errichtung das gesamte Anlagevermögen der Investmentkasse in der Höhe von rund Fr. 12 Mio. gewidmet wurde. Gleichzeitig wurde zur Einrichtung einer Zentralkasse, welche die Funktion des Stammvermögens hat, der Betrag von Fr. 3'000.– zugewendet.

4 Vorbehalten ist die Liquidation des Stammvermögens bei Auflösung der Stiftung. Vgl. hinten § 10.

5 So ausdrücklich IST, PREVISTA, COLUMNA und ANSKA.

6 Auch als freies Vermögen (AST), Anlagegelder (PREVISTA), Anlegervermögen (COLUMNA) oder Sondervermögen (ASA) bezeichnet.

7 Diese sind:

1. Obligationen Schweiz

2. Aktien Schweiz

3. Obligationen Ausland

4. Aktien Ausland

5. Immobilien Schweiz (ohne IST und COLUMNA)

6. Hypotheken Schweiz (ohne IST, PREVISTA, ANSKA)

7. Darlehen Schweiz (nur PREVISTA, COLUMNA, ASA)

8. Mixta (nur ANSKA; bei COLUMNA kann der Stiftungsrat eine Mischgruppe einführen)

Für jede Anlagegruppe wird separat Rechnung geführt.

8 Auch als Anteil (COLUMNA) oder Anrecht (PREVISTA).

9 Bei PREVISTA und COLUMNA fehlt eine ausdrückliche Vorschrift.

10 Bei PREVISTA fehlt eine entsprechende Vorschrift. PREVISTA und COLUMNA haben jedoch ein Abtretungsverbot bezüglich des Stammvermögens.

II. Der Anspruch

1. Begriff

Der Anspruch ist der Inbegriff der Rechte und Pflichten des Teilnehmers. Gleichzeitig stellt er die Beteiligungseinheit am Vermögen einer Anlagegruppe dar. Danach berechnen sich Ausgabe- und Rücknahmepreis, Verkehrs- und Inventarwert sowie die Ertragsbeteiligung.

Der Anspruch im vermögensrechtlichen Sinn ist eine Buchforderung am Anlagevermögen der Stiftung. Er bezieht sich immer auf eine bestimmte Anlagegruppe und weist keinen Nennwert auf. Über Ansprüche ausgegebene Bescheinigungen sind keine Wertpapiere, sondern nur Beweisurkunden. Der Anspruch kann in Bruchteile zerlegt werden¹¹. Er ist jedoch unentziehbar¹².

2. Erwerb und Rückgabe

Die Teilnehmer können beliebig viele Ansprüche erwerben^{13,14}. Bei den Anlagegruppen Immobilien und Hypotheken kann deren Ausgabe im Hinblick auf die vorhandenen Anlagemöglichkeiten beschränkt oder eingestellt werden¹⁵. Ansprüche dürfen weder verpfändet noch sicherheitshalber abgetreten werden¹⁶. Dagegen können sie jederzeit¹⁷ der Stiftung zurückgegeben, und es kann deren Auszahlung verlangt werden. Bei Vorliegen ausserordentlicher Verhältnisse kann die Auszahlung aufgeschoben werden^{18,19}.

11 Keine entsprechende Regelung findet sich bei ASPV. PREVISTA und ANSKA sehen auch die Zusammenlegung der Ansprüche vor.

12 So ausdrücklich IST, ASPV, ANSKA und COLUMNA.

13 Der Erwerb von Ansprüchen kann bei ASPV nur auf den Berechnungstag hin, bei ANSKA innerhalb der nachfolgenden zwei Tage erfolgen. Bei IST bestimmt der Stiftungsrat den Zeitpunkt, zu welchem Ansprüche erworben werden können.

14 Grundsätzlich ist Barübertragung vorgesehen. IST sieht auch die Einbringung von Wertchriften vor.

15 So AST, ASPV und ASA. Bei COLUMNA und ANSKA ist diese Beschränkung auf vorhandene Anlagemöglichkeiten allgemein vorgesehen. Bei IST hat der Stiftungsrat die Kompetenz, die Anzahl der auszugebenden Ansprüche festzulegen und oder pro Mitglied zu begrenzen.

16 ANSKA sieht ein umfassendes Abtretungsverbot, IST und ASPV sehen nur ein Verpfändungsverbot vor. Bei PREVISTA besteht keine diesbezügliche Vorschrift.

17 Die Auszahlung hat bei ASPV innert zwei, bei ANSKA innert drei und bei PREVISTA innert vier Wochen, bei IST innert drei Monaten zu erfolgen. Besondere Fristen bestehen ferner für die Immobilien- und Hypotheken-Anlagegruppen (ASPV, ANSKA).

18 Über das weitere Vorgehen beschliesst bei IST und ASPV eine a.o. Versammlung. Bei PREVISTA, COLUMNA und ANSKA ist dies vorgesehen, wenn der Zahlungsaufschub länger als drei Monate dauert.

19 Enthält eine Anlagegruppe nicht die für die Auszahlung benötigten flüssigen Mittel, so werden bei AST und ASA sogleich Vermögenswerte dieser Anlagegruppe verwertet. Für die

3. *Der Wert des Anspruchs*

Aufgrund der Verkehrswerte der Anlagen wird periodisch²⁰ ein Inventar über das pro Anlagegruppe vorhandene Vermögen erstellt. Unter Berücksichtigung allfälliger Marchzinsen, Schuldverpflichtungen und Steuern ergibt sich daraus der Inventarwert des Vermögens pro Anlagegruppe. Ausgabe- und Rücknahmepreis eines Anspruches entsprechen dem jeweiligen Inventarwert pro Anspruch, vermehrt oder vermindert durch die üblichen Spesen und Abgaben, welche der entsprechenden Anlagegruppe aus der Anlage des einbezahlten Betrages bzw. der Liquidation des zurückgenommenen Anspruches im Durchschnitt erwachsen²¹. Massgebender Bewertungszeitpunkt ist der letzte Bewertungsstichtag vor der jeweiligen Transaktion²².

4. *Ertragsausschüttungen*

Über die Verwendung der jährlichen Reinerträge der einzelnen Anlagegruppen entscheidet der Stiftungsrat²³. Es steht ihm frei, den Ertrag in den betreffenden Anlagegruppen zur Wiederanlage zurückzubehalten oder entsprechend der Anzahl ihrer Ansprüche an die Teilnehmer auszuschütten²⁴.

Der jährliche Ertrag des Stammvermögens wird diesem selbst zugeschlagen²⁵.

einzelnen Anlagegruppen sind in einem solchen Fall verschiedene Auszahlungsfristen vorgesehen.

20 Die Bewertung erfolgt in der Regel mindestens zweimal pro Monat, bei PREVISTA wöchentlich. Für Immobilienwerte ist mindestens eine Verkehrswertschätzung pro Jahr vorgesehen. Die Bewertungspflichttage werden durch den Stiftungsrat festgesetzt.

21 Abweichend in der Terminologie IST.

22 Bei ASPV, ANSKA und COLUMNNA ist bei der Rücknahme von Ansprüchen der dem entsprechenden Begehren nächstfolgende Stichtag massgebend. COLUMNNA sieht dies auch für die Ausgabe vor, AST nur für diese.

23 Bei IST, PREVISTA und ASA fällt dies in die Kompetenz der Versammlung.

24 Bei PREVISTA fehlt die Kompetenz zur Zurückbehaltung des Reinertrages, wobei jedoch die realisierten Kapitalgewinne reinvestiert werden. Bei IST und COLUMNNA besteht die entsprechende Kompetenz nicht ausdrücklich.

25 So ausdrücklich ASPV.

§ 9 Rechte und Pflichten der Teilnehmer

Die in den Satzungen vorgesehenen Rechte der Teilnehmer lassen sich in vermögensmässige und nicht vermögensmässige unterteilen.

Als *vermögensmässige Rechte* sind

- Anteil am Stammvermögen (Liquidationsquote),
- Anteil an den ausgeschütteten Vermögenserträgen und
- Anspruch auf Auszahlung der Anteile am Anlagevermögen

zu nennen.

Nicht vermögensmässige Rechte der Teilnehmer sind

- Anspruch auf gemeinschaftliche¹, rationelle und wirtschaftliche Verwaltung und Anlage der Vermögen unter Verwirklichung des Prinzips der Risikoverteilung,
- Recht auf Einladung an die Versammlung,
- Anspruch auf Zulassung zur Versammlung,
- Recht, sich in der Versammlung vertreten zu lassen,
- Recht zur Einberufung einer ausserordentlichen Versammlung,
- Stimm- und Wahlrecht,
- Recht auf Bekanntgabe von Jahresrechnung und Kontrollstellenbericht² und
- Anspruch auf periodische Information über Wert, Zusammensetzung und Veränderung der Anlagen sowie über die Anzahl der Teilnehmer und deren Ansprüche.

Die *Pflichten* der Teilnehmer sind ausschliesslich vermögensmässiger Natur. Zu nennen sind

- die Pflicht, einen bestimmten Betrag an das Stammvermögen der Stiftung zu widmen,
- die Verpflichtung, mindestens einen Anspruch am Anlagevermögen der Stiftung zu erwerben sowie
- das Verpfändungs- und Abtretungsverbot.

1 Bei ASPV ist von gesamthafter Anlage die Rede, was wohl nichts anderes als kollektiv bedeutet. Bei IST ist ausdrücklich vorgesehen, dass dieses Recht ganz oder teilweise auf den Stiftungsrat übertragen werden kann.

2 IST und PREVISTA sehen ausserdem ein Auskunftsrecht über Geschäfts- und Rechnungsführung vor, bei IST unter Einschluss eines Einsichtsrechts in Buchhaltung und Korrespondenz.

§ 10 Die Auflösung der Anlagestiftung

Die Anlagestiftung ist grundsätzlich auf Dauer angelegt. Es ist jedoch vorgesehen, dass die Stiftung durch qualifizierten Beschluss der Versammlung aufgelöst werden kann, wenn der Stiftungszweck dahingefallen ist oder nicht mehr erreichbar erscheint¹. Das Anlagevermögen wird sodann liquidiert und der Erlös daraus den Teilnehmern nach Massgabe ihrer Ansprüche am Anlagevermögen ausgeschüttet. Hierauf wird das Stammvermögen an Stifter und Mitstifter im Verhältnis zu deren Zuwendungen verteilt². Das zurückbezahlte Vermögen bleibt jedoch auch nach der Auflösung der Stiftung an deren ursprünglichen Zweck gebunden.

Für alle diese Vorgänge bleibt die Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde vorbehalten.

1 Bei IST und ASA ist ohne diese Einschränkung ein umfassendes Auflösungsrecht vorgesehen; ASA versteht den Auflösungsbeschluss jedoch als Antrag an die Aufsichtsbehörde. Bei ASPV wird durch Beschluss die Unerreichbarkeit des Zweckes festgestellt, was sodann die Auflösung der Stiftung von Gesetzes wegen nach sich zieht (Art. 88 Abs. 1 ZGB).

2 Bei ASPV beschliesst nach der Rückzahlung der Einlagen die Versammlung über die Verteilung des verbleibenden Stammvermögens. PREVISTA sieht nur die Rückzahlung der Stammeinlagen vor und IST hat keine diesbezügliche Regelung.

2. Kapitel

Begriff und Typus im Stiftungsrecht

§ 11 Stiftungsbegriff und Denkform des Typus

I. Der Begriff der Stiftung

1. *Die Stiftung ist eine privatrechtliche Anstalt*

Das schweizerische Privatrecht unterscheidet zwei Hauptarten juristischer Personen: die Körperschaften und die Anstalten¹. Die Stiftung gehört zur Kategorie der Anstalten und ist gleichzeitig deren einziger Vertreter^{2,3}. Da das Gesetz die privatrechtliche Anstalt nicht näher umschreibt, hat die begriffliche Erfassung der Stiftung von Art. 80 ZGB auszugehen. In Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 und 3 ZGB sind darin die wesentlichen Merkmale enthalten⁴.

Im Gegensatz zu den Körperschaften⁵, welche auf einer Vereinigung von Personen basieren, beruht die Stiftung grundsätzlich auf sachlichem Substrat⁶. Die Stiftung ist eine für einen besonderen, sittlich und rechtlich erlaubten Zweck erfolgte Vermögenswidmung, welche das Recht der Persönlichkeit durch die Eintragung ins Handelsregister erlangt^{7,8}. Voraussetzung der Verselbständigung ist allerdings auch bei der Stiftung ein (menschlicher) Wille⁹, welcher sodann die Stiftung in ihrer ganzen Dauer beherrscht. Im Unterschied zur Körperschaft, in welcher der Verbandswille dauernd geändert werden kann, ist die Stiftung jedoch ein für allemal durch den Willen des Stifters bestimmt und von dessen Person losgelöst¹⁰.

1 Vgl. hinten § 19.

2 RIEMER ST N 13; GUTZWILLER, Verbandspersonen 456; ders., Stiftungen 610; vgl. auch NOBEL 437 ff.

3 Gemeint ist stets die privatrechtliche Anstalt oder Stiftung.

4 RIEMER ST N 13; GNOS 7.

5 Deren wichtigstes Begriffselement im Gesetz enthalten ist (Art. 52 Abs. 1 ZGB).

6 RIEMER ST N 16 mit Verweisungen.

7 Keiner Eintragung ins Handelsregister bedürfen die kirchlichen und die Familienstiftungen (Art. 52 Abs. 2 ZGB). Zu den Gründen dieser Befreiung vgl. RIEMER ST N 113; GUTZWILLER, Stiftungen 590 f., 596 f.

8 Ohne juristische Persönlichkeit kann nicht von einer Stiftung gesprochen werden. Dadurch unterscheidet sie sich von andern selbständigen oder unselbständigen zweckgebundenen Vermögenskomplexen (vgl. GNOS 8 f.).

9 Auch die gesetzliche Fiktion in Art. 539 Abs. 2 ZGB knüpft an den Willen des Erblassers an. Vgl. aber RIEMER N 3 zu Art. 80 ZGB.

10 Auch der Stifter kann die Stiftung nachträglich nicht abändern (RIEMER ST N 17/25). Dieses Recht steht unter bestimmten Voraussetzungen nur der zuständigen Behörde bzw. dem Richter zu (Art. 85/86 und 88 ZGB).

2. Die Stiftung ist ein personifiziertes Zweckvermögen

Nicht zu den Essentialien, jedoch zu den gesetzlichen Merkmalen der Stiftung sind Vermögen und Organisation zu zählen. Die Stiftung geht nicht von selbst unter, wenn ihr Vermögen und/oder ihre Organisation zeitweilig fehlen¹¹. Ist die Organisation nicht genügend, hat die Aufsichtsbehörde die notwendigen Verfügungen zu treffen^{12,13}. Der Vermögensverlust andererseits muss ein dauernder sein bzw. "ohne begründete Aussicht auf Erneuerung der Stiftungsmittel"¹⁴, damit der Stiftungszweck als unerreichbar bezeichnet werden kann und die Aufhebung der Stiftung zu erfolgen hat¹⁵.

Bei der Errichtung der Stiftung genügt die blosser Vermögenswidmung im Sinne einer Verpflichtung zugunsten der entstehenden Stiftung¹⁶. Eine sofortige Verfügung über Vermögenswerte ist nicht erforderlich¹⁷.

Die Forderung gegenüber dem Stifter kann auch auf sukzessive Leistungserbringung durch regelmässige Beiträge gehen^{18,19}, welche in ihrer absoluten Höhe unbestimmt sind²⁰. Voraussetzung ist allerdings, dass mit der Äufnung des zur Erfüllung des Stiftungszwecks notwendigen Vermögens ernsthaft gerechnet werden kann^{21,22}. Ferner sind auch spätere Zuwendungen seitens des Stifters oder Dritter möglich²³.

11 GNOS 7 f. mit Verweisungen; WALSER 10, 59; STRICKRODT, Stiftungsrecht 26 f.; WIEDERHOLD 38.

12 Art. 83 Abs. 2 ZGB bei ursprünglicher und Art. 85 ZGB bei nachträglicher Mangelhaftigkeit (vgl. RIEMER N 40 f. zu Art. 83 ZGB).

13 Erst wenn diese nicht mehr zweckdienlich getroffen werden können, hat die zuständige Behörde das Vermögen einer andern Stiftung mit möglichst gleichartigem Zweck zuzuführen, sofern der Stifter keinen Einspruch erhebt oder nicht eine Bestimmung der Stiftungsurkunde ausdrücklich entgegensteht (Art. 83 Abs. 3 ZGB) bzw. die Stiftung wegen Unerreichbarkeit des Zweckes aufzuheben ist (Art. 88 Abs. 1 ZGB). Vgl. RIEMER N 59 zu Art. 85/86 ZGB und N 82 zu Art. 88/89 ZGB.

14 RIEMER N 6 zu Art. 88/89 ZGB mit Verweisung.

15 RIEMER N 6 zu Art. 88/89 ZGB; GNOS 12 f.; EBERLE 172.

16 TUOR/SCHNYDER 123 und dort zitierte Praxis; RIEMER N 27 zu Art. 80 ZGB. Voraussetzung ist allerdings immer, dass das gewidmete Vermögen eine zweckentsprechende Tätigkeit der Stiftung erlaubt (RIEMER N 29 zu Art. 80 ZGB). Zum Begriff des Vermögens allgemein vgl. RIEMER N 24 zu Art. 80 ZGB; GNOS 10 ff.

17 RIEMER N 33 zu Art. 80 ZGB mit Verweisungen; GNOS 9 Anm. 13.

18 Wie dies bei Personalvorsorgestiftungen in der Regel der Fall ist. Typisch für die gewöhnliche Stiftung ist jedoch die einmalige, ursprüngliche Vermögenswidmung.

19 WALSER 43; KRAFFT 39. Vgl. auch RIEMER N 28 zu Art. 80 ZGB.

20 Bestimmbarkeit genügt (RIEMER N 25 zu Art. 80 ZGB).

21 RIEMER N 32 zu Art. 80 ZGB.

22 Im Bereich der Personalvorsorge ist infolge der Vorschrift von Art. 331 Abs. 1 OR dieses Erfordernis dahingefallen. Danach hat der Arbeitgeber Zuwendungen an die Personalvorsorge sowie diesbezügliche Beiträge der Arbeitnehmer auf eine Stiftung, Genossenschaft oder Einrichtung des öffentlichen Rechts zu übertragen. Eine Ausnahme für geringfügige Beträge (wie dies Art. 343bis Abs. 1 aOR in der Fassung vom 21. März 1958 vorgesehen hatte) gibt es nicht (RIEMER N 32 zu Art. 80 ZGB).

23 Zuwendungen an eine bereits bestehende Stiftung ist keine (selbständige) Stiftung (RIEMER N 5 zu Art. 80 ZGB; GNOS 62; MENGARDI 218).

Obwohl nur die *Widmung* eines Vermögens für die Stiftung begriffsnotwendig ist, kann somit darunter vereinfachend ein selbständiges, personifiziertes Zweckvermögen verstanden werden²⁴. Ohne Vermögen kann auch der beste Zweck nicht verwirklicht werden²⁵. Eine Stiftungserrichtung ohne Vermögenswidmung ist daher ausgeschlossen^{26,27}. Das gilt auch dann, wenn sich die Stiftungsorgane oder Dritte verpflichten, die zur Erreichung des Stiftungszweckes notwendigen Leistungen unentgeltlich zu erbringen²⁸.

3. Der besondere Zweck der Stiftung

Der Zweck der Stiftung im Sinne von Art. 80 ZGB umschreibt Aufgabe und Ziel der Stiftungstätigkeit und setzt ihr zugleich auch den Rahmen, indem er die Stiftungsorgane gerade auf diese Tätigkeit – und keine andere – verpflichtet²⁹. Deshalb hat die Zweckumschreibung eine gewisse Bestimmtheit aufzuweisen, damit die Stiftung wenigstens in den Grundzügen vom Willen des Stifters beherrscht wird³⁰. Darüber hinaus werden keine besonderen Anforderungen an den Zweck der Stiftung gestellt, wie dies aus dem Wortlaut von Art. 80 ZGB vorerst scheinen mag. Dass nur sittlich und rechtlich erlaubte Zwecke zulässig sind, folgt bereits aus Art. 19 Abs. 1 OR³¹. Aus den Materialien ergibt sich sodann nicht mehr, als dass es sich beim “besonderen” Zweck um einen bestimmten und selbständigen Zweck handeln muss^{33,34}. Eine Beschränkung der Verwendungsmöglichkeit der Stiftung ist darin nicht zu erblicken^{35,36}.

24 RIEMER ST N 13; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 34 i.V. mit N 37 f.

25 RIEMER N 24 zu Art. 80 ZGB.

26 GNOS 11; RIEMER N 24 zu Art. 80 ZGB; WALSER 86 f.

27 Wie wir später sehen werden, kann das Vermögenselement völlig in den Hintergrund treten, so dass obige (vereinfachende) Begriffsumschreibung unzutreffend ist. Die Stiftung wird daher besser als *selbständiger, personifizierter und zweckgebundener (Vermögens-)Träger auftragsbestimmter Leistungen* umschrieben. Vgl. STRICKRODT, Rechtsfähige Stiftungen 578, welcher von “Träger auftragsbestimmter Leistungen” spricht.

28 GNOS 11. Das Vermögen der Stiftung muss in quantitativer Hinsicht objektiv bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein, was bei (auf Dauer angelegten) persönlichen Leistungen nicht der Fall ist.

29 RIEMER N 36 zu Art. 80 ZGB.

30 Näheres zur erforderlichen Bestimmtheit bei der Umschreibung des Stiftungszweckes bei RIEMER N 39 f. zu Art. 80 ZGB.

31 Eine Stiftung mit entsprechendem Zweck kann die Rechtspersönlichkeit nicht erlangen (Art. 52 Abs. 3 ZGB) bzw. wird durch den Richter aufgelöst (Art. 88 Abs. 2 ZGB).

32 Eine ausführliche Analyse der Materialien findet sich bei RIEMER N 44 zu Art. 80 ZGB.

33 GNOS 60, 63, 67; RIEMER N 45 zu Art. 80 ZGB; MENGIARDI 218.

34 Der “besondere” Zweck hat Ausdruck des klaren Stifterwillens zu sein, ein selbständiges Rechtssubjekt als Vermögensträger zu schaffen (RIEMER N 20 ff. zu Art. 80 ZGB).

35 MENGIARDI 218; RIEMER N 46 ff. zu Art. 80 ZGB; GNOS 66, 67; BÄR, Aktuelle Fragen 531.

36 Es müssen sämtliche “Anforderungen an den Stiftungszweck ... bzw. alle behaupteten Begrenzungen desselben aus ändern – spezifisch stiftungsrechtlichen oder auch sonstigen –

4. Die Rechtsstellung der Destinatäre

Die gewöhnliche³⁷ Stiftung ist der Vorstellung des einseitigen Rechtsgeschäftes verhaftet³⁸. Im Vordergrund steht daher nur der Wille des Stifters, die Destinatäre sind ausschliesslich passiv Beteiligte. "Nichts vermag den autoritären Charakter dieser Rechtsgestalt besser zu unterstreichen als der Umstand, dass die Destinatäre in den Art. 80 bis 89 ZGB mit keinem Wort erwähnt werden"³⁹. Nur für die Personalfürsorgestiftung sieht das Gesetz in Art. 89bis ZGB ein Auskunftsrecht und vor allem bei Beitragsleistung seitens der Arbeitnehmer Mitverwaltungsrechte und Klagebefugnis vor⁴⁰.

"Destinatäre sind solche Einzelpersonen, juristische Personen oder Personengruppen, die aufgrund der Stiftungsorganisation begünstigt erscheinen"^{41,42}, oder anders ausgedrückt, sie sind die "Adressaten der Zweckverwirklichung"⁴³. Ihre Begünstigung hängt somit ausschliesslich vom Willen des Stifters ab. Fraglich kann aber sein, ob die Destinatäre einen Anspruch auf Zweckverwirklichung haben. In Literatur und Praxis wird ein allgemeines Beschwerderecht gegenüber Handlungen der Stiftungsorgane an die Aufsichtsbehörde bejaht. Das Beschwerderecht ist bundesrechtlicher Natur und folgt unmittelbar aus Art. 84 Abs. 2 ZGB. Beschwerdelegitimiert sind alle Personen, die daran ein rechtliches Interesse haben^{44,45}. Ein Rechtsanspruch auf Stiftungsleistungen hingegen besteht nur, wenn nach den Stiftungsbestimmungen oder aufgrund von vertraglicher Vereinbarung der Ansprecher zum Destinatärkreis der Stiftung gehört und Stiftungsleistungen in bestimmtem oder bestimmbarem Umfang zu seinen Gunsten vorgesehen sind⁴⁶. Solange die Leistung überhaupt oder deren Umfang im Ermessen der Stiftungsorgane liegt, besteht kein Rechtsanspruch. Voraussetzung der Klagbarkeit ist sodann, dass diese durch die Stiftungssatzungen nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist^{47,48}. Ist der Destinatärkreis unbestimmt, so dass vorerst eine Auswahl getroffen werden muss,

Normen oder aus den allgemeinen stiftungsrechtlichen Grundsätzen abgeleitet werden können und nicht aus Art. 80 ZGB" (RIEMER N 45 zu Art. 80 ZGB). Vgl. hinten § 22.

37 Auch klassische Stiftung genannt. Vgl. RIEMER ST N 51 mit Verweisungen.

38 SUTER 354. Eingehend zu Begriff und Wesen des Stiftungsgeschäftes RIEMER N 3 ff. zu Art. 80 ZGB.

39 SUTER 354; vgl. WIRZ 201.

40 Zur mitgliedschaftsähnlichen Stellung der vorsorgebeteiligten Destinatäre von Personalfürsorgestiftungen vgl. SCHUBIGER passim; BELSER 32 ff.

41 EBERLE 113 f.

42 Auch der Stifter kann Begünstigter sein (RIEMER ST N 109 a.E.).

43 RIEMER N 37 zu Art. 80 ZGB.

44 RIEMER N 119 f. zu Art. 84 ZGB mit Verweisungen auf Literatur und Praxis.

45 Zum Beschwerdeverfahren vgl. RIEMER N 121 ff. zu Art. 84 ZGB.

46 RIEMER N 138 zu Art. 84 ZGB; EBERLE 115 ff., 119, 120; vgl. WALSER 62 ff.

47 EBERLE 120 f.; RIEMER N 138 zu Art. 84 ZGB.

48 Zur Abgrenzung zwischen Rechts- und Verwaltungsweg vgl. RIEMER N 136 ff. zu Art. 84 ZGB.

kann auf dem Beschwerdeweg die Aufnahme in den Kreis der Begünstigten verlangt werden⁴⁹.

5. Die Stiftungsorganisation

Die juristischen Personen sind handlungsfähig, sobald die nach Gesetz und Statuten hierfür unentbehrlichen Organe bestellt sind⁵⁰. Das Gesetz beschränkt sich bei den Stiftungen darauf, die Organisation in die Stiftungsurkunde zu verweisen⁵¹ und die Aufsichtsbehörde mit der Ersatzanordnung zu beauftragen, falls die vorgesehene Organisation nicht genügend sein sollte⁵².

Die Stiftung ist hinreichend organisiert, wenn sie ein Organ besitzt, welches Geschäftsführung und Vertretung besorgt^{53,54}. Dieses Organ kann aus einer einzigen (natürlichen) Person bestehen. Organfunktionen können auch durch juristische Personen ausgeübt werden⁵⁵.

Das Gesetz lässt dem Stifter in der Gestaltung der Organisation jegliche Freiheit⁵⁶. Deshalb ist auch eine mehrgliedrige Organisation zulässig⁵⁷. Ebenso können Stifter oder/und Destinatäre in einer Art Generalversammlung vereinigt werden, um dieser Organstellung einzuräumen⁵⁸. Genauso ist es möglich, ein Aufsichts- oder/und Kontrollorgan einzurichten⁵⁹. Mit einer derartigen mehrgliedrigen Organisation und vor allem mit der Beteiligung der Destinatäre an der Verwaltung wird die (Organisation der) Stiftung zu einem körperschaftsähnlichen Gebilde.

II. Die typologische Betrachtungsweise

Neben die begriffliche Erfassung der Rechtsinstitute ist in neuerer Zeit die typologische Betrachtungsweise getreten. Diese hat, seit sich die schweizerische Rechtslehre des Typusbegriffs angenommen hat⁶⁰, vor allem im Aktienrecht ihr Haupt-

49 EBERLE 123.

50 Art. 54 ZGB.

51 Die Gestaltung der Organisation kann auch in einem Reglement vorgenommen werden (RIEMER N 9 zu Art. 83 ZGB).

52 Art. 83 ZGB. Das gilt auch, wenn überhaupt kein Organ bestellt wurde.

53 RIEMER N 5 f. zu Art. 83 ZGB; vgl. Art. 54/55 ZGB und Art. 101 lit. c sowie Art. 102 Abs. 1 HRV.

54 Vgl. über die Organisationsanforderungen für Personalfürsorgestiftungen in Art. 89bis ZGB.

55 RIEMER N 6 zu Art. 83 ZGB mit Verweisungen.

56 RIEMER N 5 f./12 zu Art. 83 ZGB.

57 RIEMER N 7 zu Art. 83 ZGB; GNOS 85 f.

58 RIEMER N 10 zu Art. 83 ZGB; SIEGWART, Freiheit 186.

59 RIEMER N 14 ff./17 zu Art. 83 ZGB.

60 Grundlegend zur schweizerischen Typuslehre (im Gesellschaftsrecht) KOLLER und OTT passim. Zahlreiche andere Autoren haben sich sodann mit der Typologie (praktisch) befasst,

anwendungsgebiet gefunden. Ihre Funktion als Auslegungshilfe und der Förderung des Verständnisses der Rechtsinstitute sind aber allgemein im Gesellschaftsrecht sowie im Stiftungsrecht anerkannt⁶¹. Im übrigen besteht keine Einigkeit über die Bedeutung der Typologie^{62,63}.

Während der Allgemein- oder Klassenbegriff einen Gegenstand mittels dessen absolut notwendigen und hinreichend charakteristischen Merkmalen abstrakt definiert⁶⁴, beschreibt der Typus diesen in relativer Wirklichkeitsnähe, ohne jedoch den Gegenstand zu individualisieren, zu konkretisieren^{65,66}. Beiden Begriffen ist gemeinsam, dass sie allgemeine Eigenschaften eines Gegenstandes unterscheiden⁶⁷. Allgemeinbegriff wie auch Typus sind Merkmalskomplexe⁶⁸. Der Unterschied liegt aber darin, dass der Allgemeinbegriff dazu dient, einen Gegenstand gegenüber andern genau und zweifelsfrei abzugrenzen⁶⁹. Er umfasst daher nur die wesentlichen Merkmale⁷⁰. Beim Typus hingegen ist der Merkmalskranz nicht abschliessend definiert. Er erfasst die zur (inhaltlichen) Beschreibung des Charakters eines Gegenstandes angelegten Merkmale^{71,72}.

so z.B. SCHLUEP, MENGARDI, JOLIDON, BÄR, WIDMER, NENNINGER, MEIER-HAYOZ u.a.m.

61 RIEMER ST N 43.

62 VOGEL 34, 43; RIEMER ST N 43. Vor allem ist der Gebrauch des Typusbegriffs vieldeutig (KOLLER 30, 45, 47 ff.).

63 Wie später zu erläutern ist, erschöpft sich die Bedeutung der Typologie tatsächlich in der Funktion als Auslegungshilfe. Um (eine) Auslegungsmethode handelt es sich dabei nicht. Vgl. hinten § 28 II und § 29 I.

64 Die Begriffsmerkmale der Stiftung sind: materielles Substrat (Vermögenswidmung), besonderer Zweck und Rechtspersönlichkeit.

65 Der Typus steht zwischen Individuum und Allgemeinbegriff (VOGEL 36; OTT 35 mit Verweisung).

66 Eine wichtige Eigenschaft des Typus ist seine Wirklichkeitsnähe (GNOS 70; KOLLER 20 ff., 27; VOGEL 35; OTT 35). "Während beim Begriff diese Einzelmerkmale einfach addiert würden zu einer Summe, fügen sie sich beim Typus zu einem einheitlichen Ganzen zusammen" (OTT 39; vgl. KOLLER 19 f.; WOHLMANN 77).

67 KOLLER 14 f.; OTT 21; RICHARD 7; GNOS 69; MENGARDI 90; KUHLEN 25.

68 SCHLUEP, Typus 10; OTT 30, 62 ff.; VOGEL 35.

69 "Begriffsdenken ist stets ein Denken von der Grenze her, ein Trennungsdenken" (VOGEL 35; vgl. RICHARD 8; MENGARDI 72 ff.).

70 Der Begriff ist "durch die (erschöpfende) Angabe seiner (stets unabdingbaren) Merkmale fest begrenzt" (Karl LARENZ, zit. nach OTT 37).

71 RICHARD 7, 8 mit Verweisungen; OTT 37.

72 "Der Typus ist ein durch anschauliche Abstraktion gewonnenes Allgemeinbild, somit ein Ganzes, dessen Einzelzüge nur in ihrem sinnvollen Zusammenhang Bedeutung haben. Der Typus kann daher nicht wie der Allgemeinbegriff in seinen abstrakten Einzelmerkmalen erfasst werden. Er ist nur vom Bild-Ganzen her zu verstehen. Er ist daher nicht streng 'definiert' wie der abstrakte Begriff. Einzelercheinungen können ihm nicht 'subsumiert', sondern lediglich zugeordnet werden, wenn in ihnen jenes Gesamtbild wieder gefunden wird. Dabei kommt es nicht auf den einzelnen Zug, sondern auf das Ganze an. Der Gesamteindruck entscheidet" (KOLLER 27). Typologische Betrachtung ist daher "Denken von der Mitte her" im Gegensatz zum begrifflichen Trennungsdenken (RICHARD 8 mit Verweisungen).

Bei der Subsumtion unter den Allgemeinbegriff kommt es daher entscheidend darauf an, dass alle Merkmale erfüllt sind⁷³. Beim Typus dagegen ist ein Mehr oder Weniger von Merkmalen meist ohne Bedeutung, weshalb auch nur zugeordnet und nicht subsumiert werden kann⁷⁴. Die typologische Denkweise vermeidet somit die begrifflich isolierende Subsumtion unter abstrakte Tatbestände und erlaubt dadurch, der in der Wirklichkeit auftretenden Vielfalt eher gerecht zu werden^{75,76}.

73 OTT 25, 37; KOLLER 22, 55; WOHLMANN 75; VOGEL 35.

74 KOLLER 21 f.; OTT 26, 37; SCHLUEP, Typus 10; WOHLMANN 77 mit Verweisungen; RICHARD 7; VOGEL 35.

75 MANDEL 185; vgl. auch die Gegenüberstellung von Begriff und Typus bei LEENEN 34 ff. Der Typus leistet einen Beitrag zur Überwindung der Begriffsjurisprudenz (vgl. KOLLER 34 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 110).

VOGEL 35 f. betont die Unveränderbarkeit des Begriffs gegenüber dem Typus, welcher sich (marginal) ändert, wenn andere (typischere) Gegenstände zugeordnet werden.

76 Die Typologie dient denn auch der Erfassung der *Wirklichkeit* und ist nicht (direkt) Auslegung des *Rechts*(begriffs). Vgl. vorn Anm. 63.

§ 12 *Der gesetzliche Typus der Stiftung*

I. Der ursprüngliche Stiftungstypus

1. *Die Gewinnung des Stiftungstypus*

Die juristischen Personen sind in den Legaldefinitionen klassenlogisch bestimmt¹. Die Typologie geht nun aber davon aus, dass der abstrakten rechtlichen Ordnung ein reales oder normatives Leitbild² des Gesetzgebers zugrunde liegt³. Das ist logisch notwendige Voraussetzung einer von inneren Widersprüchen möglichst freien, folgerichtigen Gesetzgebung⁴. Die Loslösung vom gesetzgeberischen Modell, um atypischen Sachverhalten Platz zu geben, ist dabei nicht ausgeschlossen⁵. Fraglich ist nur, ob dem Gesetzgeber überhaupt ein einheitliches Leitbild im typologischen Sinn vor Augen gestanden hat⁶.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, der gesetzliche Typus sei aus dem Sinnzusammenhang der einzelnen Normen zurückzugewinnen⁷. Dabei seien nicht nur die zwingenden, sondern auch die dispositiven Normen zu berücksichtigen⁸. Als Auslegungshilfen seien sodann auch die Materialien beizuziehen und die historische und soziologische Entwicklung des Rechtsinstituts zu beachten⁹.

Das Gesetz behandelt heute in Art. 80–89bis ZGB vier verschiedene Stiftungsformen: die gewöhnliche oder klassische Stiftung, die Familienstiftung, die kirchliche Stiftung und schliesslich die Personalfürsorgestiftung. Die ursprüngliche Fassung des ZGB von 1907 kannte nur die ersten drei, welche im Gesetz im wesentlichen die gleiche Regelung erfahren haben. Besonderheiten bestehen für die Familien- und kirchlichen Stiftungen nur insofern, als diese die Rechtspersönlichkeit ohne Eintrag ins Handelsregister erlangen¹⁰ und der Aufsicht der Behörden nicht unterstehen¹¹. Diese Ausnahmen sind jedoch in typologischer Hinsicht ohne Bedeutung. Weder kirchliche oder die in Art. 335 ZGB genannten Zwecke noch die

1 KOLLER 48, 57; vgl. aber OTT 78 Anm. 230.

2 Zu den Begriffen des Real- und Normativ- bzw. Idealtypus vgl. WOHLMANN 77; KOLLER 28 ff.; OTT 22.

3 KOLLER 53, 86; der gesetzliche Typus steht im Unterschied zum faktischen Typus der Rechtspraxis (a.a.O. 56).

4 KOLLER 87; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 295; TEITLER 58. Zum Verfahren der originären Typgewinnung vgl. KOLLER 81 ff., 86.

5 KOLLER 88; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 323.

6 VOGEL 38; JOLIDON 556 f.; NENNINGER 9.

7 KOLLER 58; KOLLER a.a.O. nennt das dazu notwendige Verfahren "Auslegung im weiteren Sinne" oder "Gesamtbetrachtung". Der Unterschied zur gewöhnlichen Auslegung liege darin, dass anstatt nur eine Norm der Sinn einer ganzen Normengruppe erschlossen werden müsse (OTT 77). Nach der hier vertretenen Auffassung trifft dies jedoch nicht zu. Vgl. hinten § 29 II.

8 KOLLER 58 f.

9 KOLLER 59; GNOS 76.

10 Art. 52 Abs. 2 ZGB.

11 Art. 87 Abs. 1 ZGB, welcher jedoch öffentlich-rechtliche Vorschriften vorbehält.

Verbindung der Stiftung mit einer Religionsgemeinschaft oder einer Familie können als atypisch bezeichnet werden. Die Begründung für die Sonderbehandlung findet sich in anderem Zusammenhang¹². Sowohl Eintragungspflicht wie auch behördliche Aufsicht sind im übrigen durch das ZGB eingeführt worden. Es handelt sich dabei um begriffliche Merkmale und nicht um Typuselemente.

Der sonst einheitlichen Regelung des Gesetzes lässt sich in typologischer Hinsicht nur entnehmen, dass die Stiftung aus den Elementen Zweck, Vermögen und Organisation besteht, wobei dem Zweck eine dominierende Stellung zukommt. Er bestimmt Vermögen und Organisation insofern, als jenes eine zweckentsprechende Tätigkeit erlauben und diese die zur Zweckerreichung und zur Verwaltung des Vermögens erforderliche Struktur aufweisen muss¹³.

2. *Der typische Zweck der Stiftung*

Mehr ergibt sich über den Typus der Stiftung aus den Realien und dort nicht zuletzt aus dem Sprachgebrauch. In etymologischer Hinsicht lässt sich das Wort "stiften" nicht eindeutig einordnen. Es erscheint in drei verschiedenen Bedeutungen: Gründen, Bauen und ins Werk setzen; Ordnen und Einrichten; Helfen, Unterstützen und Fördern¹⁴. Unter "Stiftung" wird heute eine anstaltliche Einrichtung oder ein Sondervermögen verstanden, welches religiösen, karitativen, künstlerischen, wissenschaftlichen oder geselligen Zwecken dient¹⁵.

Wohl hatte der Gesetzgeber bei der Redaktion des Stiftungsrechtes vorwiegend Stiftungen mit gemeinnützigen Zwecken vor Augen¹⁶. Unter der gleichen rechtlichen Ordnung behandelt er aber auch die Familienstiftung, welche sich durch einen begrenzten, objektiv bestimmbareren Destinatärkreis auszeichnet. Die Gemeinnützigkeit allein kann somit nicht als (gesetzes-)typisch angesprochen werden. Fraglich bleibt, ob der Gesetzgeber allenfalls von zwei Typen ausgegangen ist, einem mit unbestimmtem, grossem und einem mit objektiv bestimmtem, beschränktem Destinatärkreis¹⁷. Hätte der Gesetzgeber auf einen Typus mit objektiv bestimmbar, begrenztem Destinatärkreis abgestellt, hätte er dieses Kriterium konsequenterweise allgemein als Befreiungsmerkmal für Handelsregistereintrag und Aufsicht ins Gesetz aufnehmen müssen. Das hat er jedoch nicht getan, sondern die Familienstiftungen aus politischen Gründen den entsprechenden Vorschriften nicht

12 Vgl. nachfolgend Ziff. 3 und 4.

13 GNOS 76.

14 GUTZWILLER, Stiftungen 574.

15 GUTZWILLER, Stiftungen 576; GNOS 76; WIRZ 201.

16 GNOS 65 bei und in Anm. 24, 76; BÄR, Aktuelle Fragen 533; vgl. auch die Beispiele bei RIEMER ST N 45/47 und GUTZWILLER, Stiftungen 576 f.

17 RIEMER ST N 44 ff. geht von drei ursprünglichen gesetzlichen Typen aus, welche sich "in ihrer Bedeutung wohl ungefähr die Waage hielten" (a.a.O. 44). Diese sind die gewöhnliche, die kirchliche und die Familienstiftung.

unterstellt¹⁸. Die Zahl der Begünstigten und deren Bestimmbarkeit sind daher in typologischer Hinsicht von untergeordneter Bedeutung. Typisch ist der (nicht wirtschaftliche) gute, wohlthätige oder ideale Zweck^{19,20}, unabhängig davon, ob er einem weiteren oder engeren Kreis von Begünstigten dient. Dies ist insofern auch klar, als der Destinatär aus der Sicht des Stifters immer nur Empfänger und nichts anderes ist. Der Wille des Stifters bestimmt, was und zu welcher Zeit empfangen werden soll²¹. Der Empfänger hat darauf, solange nicht ein klagbarer Anspruch entstanden ist, keinen Einfluss. Dieser klagbare Anspruch entsteht jedoch immer nur aufgrund eines individuellen Verhältnisses zur Stiftung, so dass die Zahl der (übrigen) Begünstigten keinen Einfluss hat.

3. *Der kirchliche Zweck im besonderen*

Das (begriffliche) Unterscheidungsmerkmal der kirchlichen zur gewöhnlichen Stiftung ist vor allem ihr Zweck²². Nur Zwecke, die dem Glauben an Gott dienen, gelten als kirchlich. Soziale und karitative Zwecke der Kirchen gelten als gewöhnliche Stiftungen²³. Die kirchlichen Zwecke lassen sich in drei Gruppen einteilen²⁴: Unterhalt von Inhabern kirchlicher (religiöser) Ämter und Funktionen sowie deren Ausbildung; Förderung von Lehre und Glauben durch Forschung, Missionierung usw. und Errichtung, Beschaffung und Unterhalt der für den Kult bestimmten Gegenstände, Güter und Einrichtungen.

Auch diese Zwecke liegen wie die karitativen und sozialen (typologisch) auf der gleichen Ebene des "guten" Zweckes²⁵. Nicht jeder spezielle Zweck macht eine Stiftung zu einem eigenen Typus. Der kirchliche Zweck ist somit kein typologisches, sondern ein begriffliches Merkmal. Im übrigen kann auch bei der kirchlichen Stiftung der Destinatärkreis enger oder weiter, unbestimmt oder bestimmt sein.

18 Vgl. RIEMER ST N 113/115. Zu bedenken ist immerhin, dass die Familienstiftung wohl die häufigste Erscheinung mit objektiv-begrenztem Destinatärkreis war.

19 GNOS 76; BÄR, Aktuelle Fragen 533; vgl. auch RIEMER ST N 139.

20 Entsprechend ist auch der Zweck der Familienstiftung.

21 "Bei solchen Stiftungen ist auch die Stellung der Destinatäre eine mehr einseitige, passive, ähnlich derjenigen von Vermächtnisnehmern, und brauchte im Gesetz nicht unbedingt besonders geregelt zu werden" (RIEMER ST N 46).

22 RIEMER ST N 199 mit zahlreichen Hinweisen.

23 RIEMER ST N 200 ff.

24 RIEMER ST N 206 ff.

25 Vgl. vorn Anm. 19.

4. Die Kontrolle über die Stiftung als typusbildendes Merkmal

Voraussetzung der Anerkennung als kirchliche Stiftung ist neben dem entsprechenden Zweck die "organische Verbindung" mit einer Religionsgemeinschaft²⁶. Es liegt daher nahe, die Motive zu deren Befreiung im (kirchen-)politischen Bereich zu suchen²⁷. Man fürchtete wohl eine staatliche Einmischung in kirchliche Angelegenheiten²⁸. Tatsächlich ist der durch die Begriffsumschreibung eng gezogene Tätigkeitsbereich der kirchlichen Stiftung eine Domäne der Kirche, welche sich staatlicher Einflussnahme entzieht. Es ist daher gerechtfertigt, diese der autonomen Aufsicht der betreffenden Religionsgemeinschaft zu überlassen²⁹. Der Gesetzgeber hatte somit keineswegs die Absicht, die kirchlichen Stiftungen sich selbst zu überlassen³⁰. Im übrigen kommt in streitigen Fällen die Aufsicht durch den Richter zum Zuge³¹.

Erfolgte bei den kirchlichen Stiftungen der Verzicht auf die staatliche Aufsicht, weil die Aufgabe durch die (öffentliche) Institution Kirche bzw. Religionsgemeinschaft ausgeführt wird, hat der Gesetzgeber bei der Familienstiftung diese Aufgabe weitgehend einem anderen staatlichen Organ zugewiesen. Auf Initiative der an der Stiftung Beteiligten hat in gewissen Fällen der Zivilrichter tätig zu werden³². Gerade wegen des intimen Charakters der Familienstiftung rechtfertigt es sich, die Kontrolle den Stiftungsbeteiligten zu überlassen³³ und diese Aufgabe nur in streitigen Fällen im Sinne einer punktuellen Aufsicht³⁴ dem Richter zuzuweisen. Der Richter hat sodann auch in gewissen Angelegenheiten nicht streitiger Natur (spezielle) Aufsichtsaufgaben zu erfüllen³⁵. Die "Selbstkontrolle" der Familienstiftung ist aber insofern beschränkt, als auch hier nicht die Destinatäre oder Dritte über den Fortbestand der Stiftung verfügen können³⁶.

Sowohl bei der kirchlichen wie auch bei der Familienstiftung sind somit die bereits vorhandenen Kontrolleinrichtungen belassen bzw. durch Art. 87 Abs. 2 ZGB unwesentlich erweitert worden. Daneben ein weiteres Aufsichtsorgan des Staates zu

26 RIEMER ST N 196. Zum Begriffselement der organischen Verbindung mit einer Religionsgemeinschaft vgl. RIEMER ST N 197 ff.

27 EBERLE 130; RIEMER ST N 191 a.E. Zu den besonderen Strukturen der katholischen Kirche und deren innerkirchlichen Vorschriften über Verwaltung und Aufsicht der Stiftungen vgl. RIEMER ST N 189/191.

28 RIEMER ST N 188 mit Verweisungen.

29 RIEMER ST N 225/226; FGGFR N 4 zu Art. 87 ZGB. Zu den Gründen der Befreiung und die diesbezügliche Kritik vgl. RIEMER ST N 113, aber auch a.a.O. ST N 191 a.E.

30 RIEMER ST N 197.

31 Art. 87 Abs. 2 ZGB; RIEMER ST N 227. Zu Umfang und Auswirkung der Befreiung von der Aufsicht vgl. RIEMER ST N 223 ff.

32 Art. 87 Abs. 2 ZGB.

33 RIEMER ST N 113/115. Die Verwaltung der Familienstiftung besteht zumeist aus Familienangehörigen (EBERLE 93; NUSSBAUM 122).

34 Vgl. RIEMER ST N 121.

35 RIEMER ST N 124.

36 RIEMER ST N 127/129.

stellen, wurde in beiden Fällen als überflüssig betrachtet³⁷. Ein typusbildendes Element ist darin nicht zu finden. Bei der kirchlichen Stiftung ist die kircheninterne Aufsicht eine Folge der (begrifflichen) Zuordnung zu einer Religionsgemeinschaft. Der intime Charakter der Familienstiftung ist wiederum eine Folge der begrenzten Zahl von Beteiligten, was aber auch bei der gewöhnlichen Stiftung der Fall sein kann. Die gesetzliche Sonderbehandlung als Familienstiftung ist daher wie diejenige der Kirchenstiftung begrifflicher Natur.

5. Funktionen als Typusmerkmale

Das Wesen der Stiftung ergibt sich folglich nicht aus einer (formellen) Analyse der einzelnen Begriffselemente. Diese "bieten einen weiten Spielraum für die Ausgestaltung der Struktur einer individuellen Stiftung, und zwar vor allem hinsichtlich der von dieser auszuübenden und sich dabei mehr oder weniger weit aufgliedernden einzelnen Funktionen"³⁸. Der Zweck ist zwar das die anderen Elemente dominierende Merkmal, indem er sowohl Vermögens- als auch Organisationserfordernisse bestimmt³⁹. "Damit ist jeder Stiftung dasjenige Wesensmerkmal eingeprägt, das sie von allen andern ihresgleichen, aber auch von sonstigen Organisationsgebilden unterscheidet"⁴⁰. Zur materiellen Erfassung des Stiftungstypus genügt dies jedoch nicht.

Das ausschliessliche Abstellen auf den Stiftungszweck verbaut den Blick auf die Gesamtheit des Rechtsinstituts⁴¹. Sowohl Vermögens- als auch Organisations-element können sich in einem Stiftungsgebilde als dessen bevorzugter Wesensausdruck darstellen. Trotz dienender Funktion dieser Elemente⁴² werden die Stiftungsstrukturen je nach deren Ausgestaltung massgebend beeinflusst. Die satzungsmässige Zweckbestimmung hat "zwar immer den tatsächlich von einer Stiftung wahrgenommenen Auftrag zu decken, ... in seinem vollen Umfang verstanden, (ergibt sich dieser) aber erst aus der Zusammenschau aller drei Wechselemente einer Stiftung"⁴³.

37 Das trifft für die Familienstiftung nach den bisher gemachten Erfahrungen allerdings nicht mehr zu (RIEMER ST N 113/115/192). Im übrigen ist äusserst fraglich, ob die Befreiung von der Aufsicht zwangsläufig auch die Befreiung von der Pflicht zur Eintragung ins Handelsregister nach sich ziehen musste.

38 STRICKRODT, Stiftungsrecht 196.

39 GNOS 76 in und bei Anm. 50. Der Zweck bestimmt die Stiftung als Träger materieller und/oder immaterieller Leistungen.

40 STRICKRODT, Stiftungsrecht 199.

41 Das tut z.B. GNOS passim, insbesondere 17, 29, 76 und 77.

42 STRICKRODT, Stiftungsrecht 26, 78.

43 STRICKRODT, Stiftungsrecht 204; vgl. ders. a.a.O. 196 f.; MENGIARDI 83, 85 ff. betont den funktionellen Zusammenhang der einzelnen Teile eines Rechtsinstituts und bezeichnet dieses als "Wirkungssystem".

Die Stiftung ist als ein Leistungsgebilde eigener Art und nicht nur als zweckorientierter Rechtsträger von Objekten zu verstehen. "Das starre Hinschauen auf den angeblich den Zeitenfluss überdauernden 'realen Willen' des den Stiftungszweck setzenden Gründers, aber auch die simplifizierende Gleichsetzung von Stiftung und Stiftungsvermögen haben in der Vergangenheit auch die bisher schon deutlich genug vor Augen liegende Wirklichkeit, nämlich dass eine Stiftung eine reine Ausformung der Leistungsordnung personaler Willenskräfte zu sein vermag und, wenn sie gedeihen soll, tatsächlich auch sein muss, immer wieder verkennen lassen"⁴⁴.

"Indem die Stiftung bei der typischen Erfassung ihrer Funktionen betontermassen als Träger von Einrichtungen und Leistungen ins Auge gefasst wird, erlangt auch deren gegebene Existenz als Organisation und damit als Rechtsgebilde die erforderliche rangbetonte Bedeutung"⁴⁵. Durch die Erfassung der Strukturen und Funktionen der Stiftung gelingt es, vom traditionellen Zweckverwirklichungsgedenken wegzukommen und die Stiftung umfassend als Auftragsträger zu erfassen. Dadurch erhält sie institutionellen Rang⁴⁶.

Nach dem typischen Stiftungsauftrag werden heute die folgenden vier Stiftungstypen unterschieden⁴⁷:

Kapitalfondsträgerstiftungen, die als Vermögen zu verstehen sind, welche als Fundus erhalten und auf Ertragsnutzung hin bewirtschaftet werden⁴⁸. Aus den Erträgen werden sodann die Leistungen auf die Destinatäre übertragen.

Anstaltsträgerstiftungen, die als Vermögen zu verstehen sind, welche in unmittelbarer Weise auf eine bestimmte Nutzungsart zugeschnitten sind. Die Leistungen werden gegenüber den Destinatären unmittelbar im eigenen Organisationsbereich der Stiftung erbracht⁴⁹.

Funktionsträgerstiftungen, bei welchen das materielle Element in den Hintergrund tritt. Sie sind den Anstaltsträgerstiftungen insofern ähnlich, als "sie mit ihren eigenen Mitteln den ihnen zugewiesenen Leistungsauftrag ... selbst verwirklichen"⁵⁰, wobei aber praktisch ausschliesslich personelle Mittel zur Anwendung kommen.

Unternehmens(träger)stiftungen, zu deren Vermögen im wesentlichen wirtschaftliche Unternehmen gehören. Aufgabe der Stiftung ist es, das Unternehmen zu erhalten (und zu entwickeln) und mit diesem auf Ertrag hin am Wirtschaftsleben

44 STRICKRODT, Stiftungsrecht 309.

45 STRICKRODT, Stiftungsrecht 204.

46 Vgl. STRICKRODT a.a.O., SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 85; BAUDENBACHER 135.

47 STRICKRODT, Erscheinungsformen 1483 f.; ders., Stiftungsrecht 204 f.; vgl. auch ders., Rechtsfähige Stiftungen 578 f., 580, ders., Ordnungsaufgabe 333 ff., 343 ff. und im Anschluss an diesen GNOS 15; BERNDT 114 ff.

48 STRICKRODT, Stiftungsrecht 205.

49 Vgl. STRICKRODT, Stiftungsrecht 205, 206. "In einer derartig als Einheitsgebilde wirkenden Stiftung (wird) die ursprüngliche rechtliche Wesensverwandtschaft von Stiftung und Anstalt offenbar" (a.a.O. 205 mit Verweisung).

50 STRICKRODT, Stiftungsrecht 206; zum Typus der Funktionsträgerstiftung allgemein vgl. a.a.O. 206 ff., 307 ff.; ders., Ordnungsaufgabe passim.

teilzunehmen. Dabei können die Leistungen an die Destinatäre direkt⁵¹ oder aus dem Gewinn der Unternehmung erbracht werden.

Ferner ist auf die Erscheinungsformen *komplexer Stiftungsgebilde* durch Kombination der verschiedenen Möglichkeiten hinzuweisen⁵².

Als typische historische Erscheinungen, welche bei der Kodifikation des Stiftungsrechts dem Gesetzgeber als Leitbilder dienen konnten, lassen sich Kapitalfondsträger- (sog. Hauptgeldstiftung) und Anstaltsträgerstiftung unterscheiden⁵³. Ob die Leistungen einer Vielzahl von Destinatären zukommen oder nur wenigen, ändert am Charakter dieser Typen nichts. Der Auftrag der Stiftung, Vermögenswahrung und Zweckverwirklichung (Leistungsentfaltung), bleibt derselbe.

II. Der Typus der Personalfürsorgestiftung

1. Funktionswandel des Stiftungsrechts

Die ursprüngliche Personalvorsorgestiftung entspricht auch dem Typus der ursprünglichen Stiftung. Als solche sind die reinen Fürsorgestiftungen oder patronalen Fonds zu bezeichnen⁵⁴, welche als Kapitalfondsträger "ohne festen Plan nach Ermessen der Stiftungsverwaltung (ohne Beiträge der Destinatäre und auch ohne Rechtsansprüche derselben) Leistungen (in Kapital- oder Rentenform) in besonderen Fällen" oder "plan-, aber nicht versicherungsmässig Leistungen ausrichten"⁵⁵.

Mit der Einrichtung systematischer, versicherungsmässiger beruflicher Vorsorge hat sich das Wesen der Personalvorsorgestiftung wesentlich geändert⁵⁶. Zur Verwirklichung dieses Vorhabens war auch die (finanzielle) Beteiligung der Arbeitnehmer notwendig⁵⁷. Diese wurden zu (Mit-)Stiftern⁵⁸, welche⁵⁹ sich selber sowie deren Nachkommen begünstigten⁶⁰.

Aufgrund des objektiv bestimmbar und begrenzten Destinatärkreises weist die Personalfürsorgestiftung Ähnlichkeiten mit der Familienstiftung auf, was je-

51 Gewinnerzielung ist nicht erforderlich (vgl. GNOS 19 mit Verweisung; RIEMER ST N 393).

52 STRICKRODT, Stiftungsrecht 211.

53 STRICKRODT, Stiftungsrecht 204, 205; ders., Rechtsfähige Stiftungen 578.

54 Vgl. RIEMER ST N 53; WALSER 2; KRAFFT 26.

55 RIEMER ST N 327.

56 GUTZWILLER, Stiftungen 609 spricht von einem festen, weit ausholenden Stiftungstyp; vgl. SUTER 349; WIRZ 202.

57 WALSER 66.

58 Stifter im Sinne des Gesetzes ist normalerweise der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberfirma.

59 Und nur dieser, da der Arbeitgeber von der Personalvorsorge ausgeschlossen ist. Wird der Arbeitgeber begünstigt, liegt keine *Personalfürsorgestiftung*, sondern eine gemischte Stiftung vor (vgl. RIEMER ST N 305).

60 Vgl. RIEMER N 6 zu Art. 89bis ZGB. Den Arbeitnehmer als Destinatär zu bezeichnen, ist nicht völlig falsch, aber im Hinblick auf den (ursprünglichen) Begriff des Destinatärs nicht gerade zutreffend. Man müsste ihn wohl als "begünstigten Mitstifter" bezeichnen. Reine Destinatäre sind nur die Nachkommen und Pensionierte.

doch kein entscheidendes Unterscheidungsmerkmal zum Typus der ursprünglichen Stiftung ist, wie bereits gezeigt worden ist.

2. *Der Destinatär als (Mit-)Stifter*

Gegenüber dem patronalen Fonds tritt bei der Errichtung der Stiftung der Arbeitgeber in seiner Bedeutung zurück. Das ist vor allem in finanzieller Hinsicht der Fall, da in organisatorischen Belangen der Arbeitgeber als Stifter in der Regel weitgehende Einflussmöglichkeiten (sich vorbehalten) hat⁶¹. Von Bedeutung sind die späteren Zuwendungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer⁶². Durch die Gleichstellung von Stifter (Arbeitgeber) und vorsorgebeteiligten Arbeitnehmern in bezug auf die Äufnung des Stiftungsvermögens erhalten diese eine stifterähnliche Stellung⁶³, welche schon früh in den weitgehenden Mitwirkungsrechten der Arbeitnehmer ihren Ausdruck gefunden hat⁶⁴.

In der Literatur ist dieses Zusammenwirken der Arbeitnehmer (und des Arbeitgebers) als genossenschaftlich bezeichnet worden⁶⁵. Das ist m.E. zutreffend und auch das entscheidende Unterscheidungsmerkmal der Personalfürsorgestiftung zum ursprünglichen Typus der Stiftung⁶⁶. Ein wesentlicher Unterschied zur Genossenschaft bleibt jedoch bestehen. Die Genossenschaft dient zur unmittelbaren Selbsthilfe der Beteiligten, die Personalfürsorgestiftung nur zur mittelbaren, abgesehen davon, dass der Destinatärkreis über die Beteiligten hinausgeht. Dadurch bleibt auch von der Interessenlage der Beteiligten her gesehen der Anstaltscharakter der Personalfürsorgestiftung absolut bestehen. Von einer Verwischung der (rechtlichen) Unterschiede von Genossenschaft und Stiftung kann keine Rede sein⁶⁷.

61 Die Personalfürsorgestiftung ist zwangsläufig mit dem Unternehmen verbunden (WALSER 35); vgl. WIRZ 202.

62 Die sukzessive Äufnung des Stiftungsvermögens, welche planmässig und systematisch geschieht, ist typisch für die Personalfürsorgestiftung (WALSER 40 f., 77 mit Verweisungen).

63 Diese Mitfinanzierung der Personalfürsorgestiftung durch Zuwendungen (Widmungen) an das Stiftungsvermögen darf keineswegs mit der Beitragsleistung der Destinatäre an die Kosten der durch die Stiftung erbrachten Leistungen (z.B. bei Spitälern, Heimen, Schulen usw.) verwechselt werden. Nur ersteres verschafft dem "Destinatär" eine besondere Stellung gegenüber der Stiftung. Die Beitragspflicht an die Unkosten belässt den Destinatär in seiner passiven Empfängerstellung bezüglich des unentgeltlich erbrachten Leistungsteils. A.M. offenbar RIEMER ST N 55.

64 MEILE Al. 86 f.

65 Vgl. RIEMER ST N 52 mit Verweisungen; WALSER 77 f. mit Verweisungen. Es wird von Widerspruch mit dem Wesen der Stiftung (BERGER 20; NÜSCHELER 190) und von "Denaturierung" des Stiftungsrechts gesprochen (SIEGRIST 21) sowie für eine adäquatere (Gesellschafts-)Form plädiert (KRAFFT 83, 102 ff., 142). Vgl. die Kritik dieser Stellungen bei WALSER 82 ff. Vgl. aber auch EBERLE 97 ff., welcher den Anstaltsbegriff für die Personalfürsorgestiftung fruchtbar machen will.

66 Vgl. SUTER 359; SCHUBIGER 11; WALSER 65.

67 RIEMER ST N 52 a.E.; SUTER 385.

Der Gesetzgeber hat der besonderen Stellung der vorsorgebeteiligten Arbeitnehmer in der Personalvorsorgestiftung Rechnung getragen und mit der gesetzlichen Verankerung der Mitwirkungsrechte den Typus der Personalvorsorgestiftung zum Begriff erhoben⁶⁸. Ferner hat er die Stellung des Destinatärs gegenüber jener bei der gewöhnlichen Stiftung durch die Gewährung eines Auskunftsrechtes verbessert und das Recht der Destinatäre auf Stiftungsleistung gesetzlich verankert⁶⁹. Aus sozialpolitischen Gründen sind diese Rechte auch auf jene Fälle ausgedehnt worden, in denen die Arbeitnehmer keine Beiträge leisten. Ausgenommen davon sind nur die Mitwirkungsrechte, welche Beitragsleistung voraussetzen.

3. *Der Einfluss des BVG*

Die BVG-Entwürfe von Bundesrat, Nationalrat und Ständerat bringen eine gewisse Erweiterung der bestehenden organisationsrechtlichen Vorschriften. Sie sehen im wesentlichen eine Verstärkung der Mitwirkungsrechte der vorsorgebeteiligten Arbeitnehmer dadurch vor, dass eine paritätische Beteiligung von Arbeitnehmern und Arbeitgeber an der Stiftungsverwaltung gefordert wird⁷⁰. Ferner wird die Verantwortlichkeit der Organe für absichtliche und fahrlässige Schädigung vorgesehen⁷¹. Sodann schreiben die Entwürfe eine Kontrollstelle als obligatorisches Organ vor⁷², welche Geschäftsführung, Rechnungswesen und Vermögensanlage zu überprüfen hat. Schliesslich hat ein anerkannter Experte⁷³ die Gesetzmässigkeit der versicherungstechnischen Bestimmungen des Reglementes⁷⁴ über die Leistungen und die Finanzierung sowie die Bereitschaft der Vorsorgeeinrichtung, ihre Verpflichtungen jederzeit erfüllen zu können, zu überprüfen⁷⁵. Dabei sind der letztgenannten Kontrolle nur diejenigen Vorsorgeeinrichtungen unterstellt, welche nicht der Versicherungsaufsicht unterworfen sind⁷⁶.

In gesetzgebungstechnischer Hinsicht stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob das BVG der richtige Ort für die erwähnten Regelungen ist. Nachdem der Grossteil der Personalvorsorgeeinrichtungen in die Stiftungsform gekleidet ist, ist

68 Art. 89bis Abs. 3 ZGB. Gesetzliche Mitverwaltungsrechte bestanden bereits aufgrund von früheren Erlassen. Vgl. WALSER 70 f.; WIRZ 244.

69 Art. 89bis Abs. 2 und 5 ZGB.

70 Art. 51 EntwBVG.

71 Art. 52 EntwBVG. Das bedeutet jedoch bloss ein ausdrückliches Festhalten von bereits geltendem Recht.

72 Art. 53 EntwBVG.

73 Wohl im Sinne einer externen Kontrollstelle.

74 Das Reglement hat zwingend Bestimmungen über Leistungen, Organisation, Verwaltung und Finanzierung, Kontrolle und Verhältnis zu Arbeitgebern, Versicherten und Anspruchsberechtigten zu enthalten. Vgl. Art. 50 EntwBVG.

75 Art. 53 EntwBVG.

76 Art. 53 Abs. 3 EntwBVG.

der systematische Ort der organisatorischen Neuordnung im ZGB⁷⁷. Für die übrigen Vorsorgeeinrichtungen genügt eine Verweisung im BVG auf das Stiftungsrecht⁷⁸. Damit kann eine (weitere) Rechtszersplitterung hinsichtlich der Personalfürsorgestiftung vermieden werden⁷⁹.

77 Vgl. NOLL 218 ff.

78 Vgl. NOLL 227 ff.

79 Die Alternative dazu wäre die vollständige Regelung der Personalfürsorgestiftung (besser: Personalvorsorgestiftung) im BVG. Der Gesetzgeber könnte sich im Stiftungsrecht darauf beschränken, allgemeine Strukturprinzipien aufzustellen, welche auf alle korporativ ausgestalteten Stiftungen (auch im Unternehmensbereich) anwendbar sind. Als Regelungsmaterie kommen dabei Mitgliedschafts-(Teilnahme-)Rechte, interne Kontrolle, Verantwortlichkeit der Organe und Publizität in Betracht sowie eventuell die Vorschrift eines Mindestvermögens (vor allem für Unternehmensträgerstiftungen).

3. Kapitel

Der Begriff der Anlagestiftung und verwandte Rechtserscheinungen

§ 13 Der Begriff der Anlagestiftung

Um den Begriff der Anlagestiftung zu erfassen, gilt es, die Merkmale aufzunehmen, welche notwendig und ausreichend sind, um die Anlagestiftung zu charakterisieren und gegenüber verwandten Gebilden abzugrenzen. Auszugehen hat diese Umschreibung vom Zweck. Dieser ist in seinem Leistungsauftrag auf eine unternehmerische Tätigkeit gerichtet, die kollektive Anlage und Verwaltung von Kapitalien der beruflichen Vorsorge unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Risikoverteilung. Dadurch unterscheidet sich die Anlagestiftung bereits von den Stiftungen mit nicht wirtschaftlichem Zweck. Die Anlagestiftung weicht aber auch dadurch vom ursprünglichen Stiftungstyp ab, als der Teilnehmer nicht Empfänger von geldwerten Leistungen der Stiftung ist¹. Dieser ist nur insofern Begünstigter, als die Anlagestiftung die Verwaltung und Anlage der Vermögen ohne besondere Belastung des Anlegers ausführt und nicht gewinnorientiert ist. Das Anlagevermögen tritt dabei als Sondervermögen neben das begriffsnotwendige Widmungsvermögen. Die Anlagestiftung hebt den Destinatär ferner aus seiner passiven Stellung und beteiligt ihn aktiv an der Verwaltung der Stiftung. Dabei handelt es sich aber auch nicht um Verwaltung von Stiftungsvermögen im herkömmlichen Sinn, wie dies bei der Personalfürsorgestiftung der Fall ist. Das (geringfügige) Stiftungs-Widmungsvermögen erfordert keine komplizierte Verwaltung. Die Teilnehmer werden in einer körperschaftsähnlichen Organisation direkt an der unternehmerischen Tätigkeit beteiligt. Das ist nicht statische Verwaltung, sondern dynamische wirtschaftliche Betätigung. Entsprechend stark ist denn auch die rechtliche Stellung des Teilnehmers.

Zusammenfassend kann die Anlagestiftung somit folgendermassen definiert werden:

Unter der Anlagestiftung ist eine Stiftung zu verstehen, welche den gesetzlichen Minimalbedingungen von Art. 80–89 ZGB entspricht, durch Eintragung ins Handelsregister juristische Persönlichkeit erwirbt, neben dem Stiftungsvermögen ein Sondervermögen zu Selbstkosten verwaltet, welches sich aus Kapitalien der Personalfürsorge zusammensetzt, den Leistungsauftrag unter Mitwirkung der Anleger erfüllt und diese in einer körperschaftlichen Organisation zusammenfasst. Mit dieser Definition kann die Abgrenzung der Anlagestiftung gegenüber verwandten Gebilden in Angriff genommen werden.

¹ Sofern man den Verzicht auf Gewinn nicht als geldwerte Leistung auffassen will.

§ 14 Die Abgrenzung der Anlagestiftung gegenüber verwandten Rechtserscheinungen

I. Die Anlagestiftung ist kein Anlagefonds

1. Der Begriff des Anlagefonds

Die Anlagestiftung entspricht wirtschaftlich dem Anlagefonds¹. Das Anlagevermögen ist ein zur kollektiven Kapitalanlage nach dem Grundsatz der Risikoverteilung aufgebrachtes Vermögen. Rechtlich untersteht die Anlagestiftung dem AFG jedoch nicht.

Die Legaldefinition von Art. 2 Abs. 1 AFG umschreibt den Anlagefonds als "ein Vermögen, das auf Grund öffentlicher Werbung von den Anlegern zum Zwecke gemeinschaftlicher Kapitalanlage aufgebracht und von der Fondsleitung nach dem Grundsatz der Risikoverteilung für Rechnung der Anleger verwaltet wird". Die Legaldefinition enthält somit folgende Wesensmerkmale²:

1. Der Anlagefonds ist ein rechtlich unselbständiges Sondervermögen im Eigentum der Fondsleitung³.
2. Es wird von den Anlegern aufgrund öffentlicher Werbung aufgebracht⁴.
3. Das Vermögen dient dem Zweck der gemeinschaftlichen Kapitalanlage⁵.
4. Eine Fondsleitung(sgesellschaft) verwaltet das Fondsvermögen für Rechnung der Anleger; es steht somit unter Fremdverwaltung⁶.
5. Die Fondsleitung legt das Fondsvermögen nach dem Grundsatz der Risikoverteilung an⁷.

2. Gewerbepolizeilicher Schutz und Selbstverwaltung

Die Anlagestiftung stimmt mit dem Anlagefonds darin überein, dass auch bei ihr das Anlagevermögen ein Sondervermögen ist^{8,9}. Es tritt als zweiter Vermögenskomplex neben das Stiftungsvermögen, welches von untergeordneter Bedeutung ist.

1 Ebenso WEHRLI U. 65.

2 Nach EMCH 4.

3 Vgl. EMCH 24 ff.

4 Vgl. EMCH 44 ff.

5 Vgl. EMCH 74 ff.; GEIGER 44 ff.

6 Vgl. EMCH 97 ff.

7 Vgl. EMCH 135 ff.; GEIGER 47 ff.; FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 33.

8 Vgl. BGE 98 1b 199 f. Das Sondervermögen ist wiederum in einzelne (Teil-)Sondervermögen unterteilt.

9 Zum Begriff des Sondervermögens vgl. EMCH 27 ff.

Das Anlagevermögen ist rechtlich unselbständig und im Eigentum der Stiftung^{10,11}. Übereinstimmung besteht auch darin, dass das Vermögen der gemeinschaftlichen Anlage dient¹² und die Anlagestiftung das Vermögen nach dem Grundsatz der Risikoverteilung anlegt.

Fraglich ist jedoch, ob die Anlagestiftung öffentliche Werbung betreibe. "Als öffentliche Werbung ... gilt, ohne Rücksicht auf die Form, jede Werbung, die sich nicht bloss an einen eng begrenzten Kreis von Personen richtet (z.B. Werbung durch Prospekte, Inserate, Plakate, Zirkularschreiben, am Bankschalter)"¹³. Die Werbung ist somit keine öffentliche, "wenn sie sich an einen Personenkreis richtet, der sich nach bestimmten objektiven Kriterien vom allgemeinen Publikum abhebt und zusätzlich auch zahlenmässig klein ist und bleibt"¹⁴.

Dass sich die Adressaten einer allfälligen Werbung der Anlagestiftungen vom allgemeinen Publikum abheben, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Da in der Schweiz aber über 18'000 Personalfürsorgestiftungen bestehen und diese Zahl mit Einführung des Pensionskassenobligatoriums noch erheblich steigen wird, kann vom eng begrenzten Kreis keine Rede sein.

Ziel der entsprechenden Norm des AFG ist der gewerbepolizeiliche Schutz des kleinen Publikumsanlegers¹⁵. Im Fall der Anlagestiftung ist die Interessenlage aber eine ganz andere. Das Risiko ist für die Personalfürsorgestiftungen bedeutend kleiner als für Publikumsanleger, da auf die Anlagestiftung nur Funktionen übertragen werden, welche diese vorher selber ausgeübt haben oder auch noch parallel dazu selber ausüben. Abgesehen von den Mitverwaltungsrechten bei der Anlagestiftung sind die Personalvorsorgeeinrichtungen daher in der Lage, die Kapitalanlage und Vermögensverwaltung sachkundig zu beurteilen und zu überwachen. Das gewerbepolizeiliche Schutzbedürfnis ist dadurch geringer, wenn nicht sogar gleich Null, und es kann von einer Unterstellung des Sondervermögens unter das AFG abgesehen werden¹⁶. Das Begriffselement der öffentlichen Werbung ist daher trotz zahlenmässig grossen Adressatenkreises bei der Anlagestiftung nicht erfüllt¹⁷.

Der entscheidende Unterschied zum Anlagefonds liegt jedoch in der rechtlichen Struktur der Anlagestiftung. Während beim Anlagefonds das Verhältnis zwischen

10 EMCH 17 f. mit Verweisungen; GEIGER 42 f.; vgl. auch MEIER-HAYOZ, Komm. Sachenrecht ST N 86 ff.

11 Zu den Eigentumsverhältnissen bei der Anlagestiftung vgl. hinten § 26 V.

12 Das Merkmal der gemeinschaftlichen Anlage grenzt die kollektive von der individuellen Kapitalanlage ab (EMCH 79).

13 Art. 1 VV zum AFG.

14 EMCH 68; vgl. GEIGER 43 f.; FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 25.

15 Vgl. die ähnliche Schutzfunktion des BaG (hinten II); vgl. auch GEIGER 43 f.; FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 10, 27.

16 EMCH 72, welcher weiter ausführt, dass der durch die Werbung angesprochene Personenkreis bestimmbar und in sich geschlossen sein muss. Die Anteile dürfen daher nicht negotiabel sein, damit diese nicht auf ausserhalb des Personenkreises stehende Dritte übertragen werden können.

17 Vgl. BGE 98 Ib 199.

Fondsleitung und Anleger auf rein vertraglicher Basis beruht¹⁸, ist die Verbindung von Anlagestiftung und Anleger eine gesellschaftliche¹⁹. Entgegen der Vorschrift in Art. 20 Abs. 2 AFG sind in der Anlagestiftung auch die Anteile nicht verurkundet.

Die Eigentumsverhältnisse sind zwar sehr ähnlich, indem auch bei der Anlagestiftung das Eigentum am Anlagevermögen durch die Übertragung auf die Stiftung von den Anlegern getrennt ist. Das Anlagefondsgesetz schliesst den Anleger aber zudem von jeder Einflussnahme auf die Fondsleitung aus²⁰. Die Anlagestiftung hingegen wird durch die Anleger selber verwaltet. Diese sind faktisch Selbstverwalter^{21,22}. Bei der Anlagestiftung liegt somit nicht Fremdverwaltung i.S. des AFG vor²³, so dass die in Art. 12 Abs. 1 AFG vorgesehene Unabhängigkeit der Fondsleitung von den Anlegern entfällt. Eine besondere gewerbepolizeiliche Aufsicht ist daher nicht notwendig²⁴.

II. Die Anlagestiftung ist keine Bank oder Finanzgesellschaft

1. Der Begriff der Bank

Gemäss Bankengesetz darf der Ausdruck "Bank" nur für Institute verwendet werden, die eine Bewilligung der Bankenkommission erhalten haben²⁵. Hauptanliegen des Gesetzes ist der gewerbepolizeiliche Schutz der Gläubiger²⁶ von Instituten, welche "gewerbsmässig Fremdgelder aufnehmen, Kredite oder Darlehen gewähren²⁷ und damit das Zinsdifferenzgeschäft betreiben"²⁸. Diese Tätigkeiten werden als das eigentliche Bankgeschäft bezeichnet²⁹. Die übrigen Bankgeschäfte, die so-

18 EMCH 19 f., 83 f., 97 ff.; COHEN 83, 84; IFITLER 24; LORENZ 5; vgl. allgemein zum Kollektivanlagevertrag GEIGER 54 ff.; JEANPRETRE 287 ff.; FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 17 ff.

19 Vgl. hinten § 26.

20 Art. 12 Abs. 1 AFG; vgl. EMCH 98; GEIGER 46.

21 Vgl. EMCH 101; FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 35.

22 Mangels Mitgliedschaft gibt es bei der Stiftung grundsätzlich keine (rechtliche) Selbstverwaltung, sondern nur eine faktische durch Beteiligung an der Verwaltung.

23 EMCH 97; GEIGER 46 f.

24 Vgl. EMCH 5, 102; GEIGER 46 f.

25 Art. 1 Abs. 4 BaG. Das Gesetz enthält keine Legaldefinition der Bank.

26 Vgl. COHEN 53, 61; KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 7/8 zu Art. 1 BaG; KLEINER, Die Gesetzgebung 23, 24.

27 COHEN 45 ff. fasst diese Funktionen unter dem Titel "Kreditverkehr" zusammen. Das Wesen dieser Tätigkeit ist die *Kreditschöpfung* (a.a.O. 46).

28 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 7 zu Art. 1 BaG; nach COHEN 58 gehört das Zinsdifferenzgeschäft nicht zum Begriff der Bank i.S. des BaG. Im übrigen müssen die Aufnahme fremder Gelder und die Kreditgewährung als Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein (a.a.O. 66; vgl. auch a.a.O. 61 ff., 64 ff.). Vgl. auch EMCH 122, BGE 62 I 275.

29 Vgl. COHEN 57, 58; KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 7 ff. zu Art. 1 BaG; allgemein zum Bankgeschäft ALBISETTI/GSELL passim.

genannten Dienstleistungs- und Handelsgeschäfte³⁰, worunter auch die Entgegennahme von Einlagen und Vermittlung von Kapitalanlagen gehören³¹, sind für den Begriff der Bank und damit für die Unterstellung unter das Bankengesetz ohne Bedeutung³².

Die Anlagestiftungen betreiben weder das Zinsdifferenzgeschäft noch Kreditschöpfung³³. Im übrigen handelt es sich bei der Anlagestiftung wirtschaftlich nicht um die Aufnahme von Fremdgeldern³⁴. Der Anleger ist ein am Kapital direkt interessierter Geldgeber, welcher mit der Beteiligung am Unternehmen diesem zugleich auch die Fremdmittel verschafft³⁵. Dadurch erlangt er eine dem Geschäftsherrn ähnliche Stellung³⁶, welcher des Schutzes des BaG nicht bedarf. Während die Bank ihre Geschäfte unabhängig vom Geldgeber tätig ist, ist die Anlagestiftung konkreten Richtlinien unterworfen, welche im wesentlichen durch die Anleger beeinflusst werden können³⁷.

2. Kapitalanlage als Form der Finanzierung(sgesellschaft)

„Finanzgesellschaften unterscheiden sich von den Banken namentlich dadurch, dass sie das Aktivgeschäft in qualifizierter Form betreiben. Neben Kapitalanlagen und der Übernahme von Beteiligungen (ohne Beherrschung) gewähren sie Finanzkredite, und zwar vornehmlich an Unternehmen und nicht an Private“^{38,39}. Darunter sind auch Beteiligungen zu zählen, welche sich auf Vermögensanlage beschränken⁴⁰. Eine Form der Finanzgesellschaft ist die Kapitalanlagegesellschaft. Sie wird durch

30 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 7 zu Art. 1 BaG.

31 Vgl. COHEN 48.

32 Vgl. COHEN 58 f.; KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 7 zu Art. 1 BaG. Zu den weiteren Merkmalen der Bank, wie z.B. die dem Publikum geöffneten Schalter, vgl. COHEN 68 mit Verweisungen auf BGE 87 I 498.

33 Die Kapitalanlage in Form von Darlehen (vgl. vorn § 8 Anm. 7 Ziff. 7) erfüllt das Kriterium der Kreditvermittlung nicht, da dieses Geschäft einerseits keine überragende Stellung in der Anlagepolitik einnimmt (vgl. COHEN 65) und anderseits keine Kreditschöpfung stattfindet. Die Darlehensgewährung muss im übrigen auf eine unbestimmte Zahl von Geldnehmern erfolgen (KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 12/26 zu Art. 1 BaG), was bei der Anlagestiftung nicht der Fall ist.

34 Geschützt werden soll der Sparer (COHEN 62; KLEINER, Die Gesetzgebung 24).

35 COHEN 63; KLEINER, Die Gesetzgebung 24.

36 A.M. offenbar KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 8 zu Art. 1 BaG, welcher unterscheidet, ob die Finanzierung ausschliesslich Anlagezwecken dient oder unternehmerischen Zielen.

37 Vgl. EMCH 121 f. betreffend den Anlagefonds.

38 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 18 zu Art. 1 BaG; vgl. auch COHEN 98. Finanzkredite sind Vorschüsse mit fester Laufzeit, d.h. Darlehen im Rechtssinne.

39 Die Entgegennahme der Passivgelder erfolgt nicht in Schalterräumlichkeiten (BGE 87 I 498). Vgl. vorn Anm. 32.

40 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 21 zu Art. 1 BaG.

ihre Zielsetzung charakterisiert, ertragsintensive, substanzerhaltende und risikogestreute Vermögensanlagen zu realisieren^{41,42}.

Dem Bankengesetz sind bankähnliche Finanzgesellschaften und solche (nicht bankähnliche), die sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen, unterstellt⁴³. Bankähnlichkeit ist gegeben, wenn die Finanzgesellschaft in oben umschriebener besonderer Form das Bankgeschäft betreibt⁴⁴. Dies ist jedoch nicht der Fall, wenn die Finanzgesellschaft mit eigenen Mitteln, und zwar in dem Sinne, wie dies unter dem Begriff der Bank besprochen worden ist, arbeitet⁴⁵. Schützenswerte Interessen, welche eine Unterstellung unter die Aufsichtsgesetzgebung rechtfertigen, liegen auch in diesem Fall nicht vor⁴⁶.

Da die Anlagestiftung somit weder bankähnliche Geschäfte betreibt noch sich zur Annahme fremder Gelder empfiehlt⁴⁷, ist sie auch keine dem Bankengesetz unterstellte Finanzgesellschaft.

III. Die Anlagestiftung ist keine Personalfürsorgestiftung

Die Anlagestiftung ist keine Personalfürsorgestiftung, da sie weder (direkt) die Personalvorsorge bezweckt⁴⁸ noch Arbeitnehmer als Beteiligte hat⁴⁹. Aus dem gleichen Grund ist sie auch keine Gemeinschafts- oder Sammelstiftung, da es sich dabei bloss um eine Personalfürsorgestiftung für mehrere Arbeitgeber handelt⁵⁰.

41 COHEN 82.

42 Dessen reinste Form ist der Investmenttrust, welcher als Vertragstypus Eingang ins schweizerische Recht erhalten hat (COHEN 82, 83).

43 Art. 1 Abs. 2 lit. a und b BaG; COHEN 110, 114 f. hält diese Unterscheidung für überflüssig, da zum Begriff der Bankähnlichkeit die (öffentliche Empfehlung zur) Annahme fremder Gelder gehört.

44 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 21 zu Art. 1 BaG. Auch hier ist jedoch (auf der Aktivseite) Darlehensgewährung an einen unbestimmt grossen Darlehensnehmerkreis erforderlich (KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 24 zu Art. 1 BaG); vgl. vorn Anm. 33.

45 KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 22 zu Art. 1 BaG; vgl. auch Anm. 43.

46 "Das dem Bankengesetz zugrundeliegende Glaubigerschutzprinzip lässt eine Legiferierung über den Sektor der Finanzgesellschaften nur zu, wenn die Tätigkeit oder das Gläubigergehaben dieser Unternehmung geeignet sind, einen Gläubigerkreis für sich zu interessieren, der in seiner Charakteristik mit den schutzbedürftigen Gruppen der 'Bankgläubiger' übereinstimmt" (COHEN 99).

47 Zum Begriff der öffentlichen Empfehlung zur Annahme fremder Gelder vgl. COHEN 116 ff.; KLEINER in BODMER/KLEINER/LUTZ N 35 ff. zu Art. 1 BaG.

48 SUTER 345 Anm. 16.

49 RIEMER ST N 320.

50 In der Gemeinschafts- oder Sammelstiftung werden mehrere unselbständige Kassen getrennt geführt, welche nach aussen stets unter dem Namen der Stiftung als Rechtsträgerin auftreten. Vgl. dazu RIEMER ST N 308 ff.; MEYER 33 ff.; WEHRLI 65.

IV. Die Anlagestiftung ist keine Dachstiftung

Die Dachstiftung nimmt eine Zwischenstellung zwischen Arbeitnehmern und Personalfürsorgestiftungen bzw. Versicherungskassen ein und hat die Funktion einer Transaktionskasse⁵¹. Sie kommt vor allem dann vor, wenn ein Arbeitgeber mehrere Personalfürsorgestiftungen unterhält. Neben der Funktion als Kapitalspeicher und -verteiler können ihr wohl auch Aufsichtsfunktionen über die "angeschlossenen" Personalfürsorgestiftungen zukommen. Kapitalanlagefunktionen übt sie nicht und Kapitalverwaltungsfunktionen nur im obengenannten Umfang aus.

51 RIEMER ST N 307.

2. ABSCHNITT

Die Entstehung der Anlagestiftung und die durch deren Bestand berührten Interessen

1. Kapitel

Die Entstehung der Anlagestiftung

§ 15 Der Ursprung der Anlagestiftung in der Gemeinschaftsstiftung

Die IST als erste Anlagestiftung entstand 1967 als Sondervermögen der "Interkantonalen Gemeinschaftsstiftung für Personalvorsorge IGP"¹. Man hatte erkannt, dass in der Finanzverwaltung von Kleinstiftungen nicht unbeträchtliche Rationalisierungsreserven liegen², weshalb ein separates Sondervermögen für gemeinsame Anlagen errichtet wurde. Dieses Vermögen nahm jedoch bald einen derartigen Umfang an, dass es die übrigen in der Gemeinschaftsstiftung vereinigten Vorsorgevermögen dominierte. Deshalb entschlossen sich die Verantwortlichen 1970 zu dessen Verselbständigung³. Die Anlagestiftung ist somit organisch aus (den Bedürfnissen) der Personalvorsorge und zugleich aus dem Stiftungswesen herausgewachsen⁴.

1 PAVEL, Schweiz 85; vgl. vorn § 3 I.

2 NEUHOFF/PAVEL XXXV.

3 Laut Auskunft von Dr. Hans G. Wirz (Direktor der IST), welchem ich im übrigen für zahlreiche Anregungen zu Dank verpflichtet bin.

4 Einer Übertragung der umfangreichen Vorsorgevermögen auf einen anderen Rechtsträger hätten die Aufsichtsbehörden wohl kaum zugestimmt, weil diese dadurch der Stiftungsaufsicht entzogen worden wären.

§ 16 Die aus der Stiftungsform entspringenden Vorteile

I. Stiftungsrechtliche Vorteile

1. Das Stiftungsimage

Für die Wahl der Rechtsform der Stiftung dürfte bei der Anlagestiftung das Image der Stiftung als zumeist gemeinnütziges Institut eine wesentliche Rolle gespielt haben. Dieses Motiv findet seinen Ausdruck im Hinweis auf die Stiftungsaufsicht, welcher in der Werbung an zentraler Stelle auftaucht. "Stiftung" drückt etwas von Sicherheit, Gemeinnützigkeit, Öffentlichkeit und Zweckgebundenheit aus: der ideale Träger für Sozialvermögen, welches nicht einer gewinnstrebigen Einrichtung überlassen werden soll.

2. Die Gebundenheit der Stiftung

Vermögen der Personalvorsorge sind an den Sozialauftrag gebunden, die Stiftung an den Auftrag des Stifters. Änderungen von deren Grundstrukturen sind nur in einem besonderen Verfahren möglich. In diesem Sinne ist die Stiftung auf Dauer angelegt und damit die ideale Form für (soziale) Zwecke, welche ebenfalls fest und dauerhaft ausgerichtet sind^{1,2}.

3. Die Freiheit in der Gestaltung der Stiftungsorganisation

Da das Stiftungsrecht für die Organisation der Stiftung keine (nähere) Ausgestaltung kennt, kann diese ganz nach den Erfordernissen der bestimmten Aufgabe ausgestaltet werden. Je nach Bedürfnis kann somit ein grösserer oder kleinerer Kreis von interessierten Personen daran beteiligt werden, ohne dass Mitgliedschaft im eigentlichen Sinne erforderlich wäre. Das erlaubt vor allem auch die Beteiligung in unterschiedlicher Rechtsstellung. So können interessierte Institutionen direkt in die Stiftung einbezogen und deren Einflussmöglichkeiten entsprechend der auszuübenden Funktionen ausgestaltet werden. Dabei ist an die Interessenvertretung der Arbeitnehmerschaft durch Gewerkschaften oder andere Berufsorganisationen zu denken oder an eine direkte Beteiligung der Behörden.

1 Ähnlich WALSER 85 f.

2 "Die Stiftung ist der Genossenschaft an auf Dauer gerichteter Handlungsfähigkeit darin überlegen, dass eine Verpflichtung zum satzungsgemässen Tun besteht, der sich die hierzu berufenen Angehörigen der Stiftungsorgane nur auf die Gefahr hin entziehen können, dass dann an ihre Stelle gesetzlich legitimierte Beauftragte treten" (STRICKRODT, Stiftungsrecht 287).

4. Die Trennung von Vermögen und Organisation

Durch die Anstaltsstruktur der Stiftung sind das Vermögen und die Organisation rechtlich getrennt. Nicht die Organe sind Träger des Vermögens, sondern ein von diesen rechtlich unabhängiges Rechtssubjekt. Die Loslösung von den Individuen und die Verselbständigung erscheinen als eine für Sozialvermögen angepasste Struktur. Dennoch müssen die Beteiligten auf den eigenen Leistungseinsatz wie auch auf das Leistungsergebnis Einfluss nehmen können. "Das hat zur Folge, dass die betriebliche Seite eines derartig(en) ... Gebildes immer genossenschaftlich organisiert sein wird. Der Stiftungsordnung bleibt dann die Regelung der Vermögensträgerschaft mit deren Befugnissen vorbehalten"³.

5. Die Aufsicht über die Stiftung

Schliesslich ist auch die behördliche Aufsicht zu nennen. Darin verkörpert sich das öffentliche Interesse an der sozialen Einrichtung⁴, abgesehen davon, dass darin eine gewisse Sicherheitsgarantie liegt. Sie ist somit nicht nur ein erfolgversprechendes Werbeelement, sondern ein wichtiger Bestandteil von auf öffentliche Aufgaben verpflichteten Institutionen.

II. Steuerrechtliche Vorteile unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Steuerrechts

"Es entspricht schweizerischer Gepflogenheit, öffentliche Interessen nicht nur durch Staat und Gemeinden, sondern auch durch Körperschaften wahrnehmen zu lassen, die von Privaten gegründet und geführt werden ... und in privatrechtliche Formen (Verein, Stiftung, Gesellschaft oder Genossenschaft) gekleidet sind"⁵.

3 STRICKRODT, Stiftungsrecht 288.

4 Das öffentliche Interesse ist gesetzgeberisches Motiv für die Einführung der Stiftungsaufsicht i.S. von Art. 84 Abs. 1 ZGB (RIEMER N 48 zu Art. 84 ZGB). Das ist aber umstritten (vgl. RIEMER N 47 zu Art. 84 ZGB). Bei der Familienstiftung ist hinsichtlich des öffentlichen Interesses zwischen der Funktion und dem Betrieb der Stiftung zu unterscheiden. Es steht ausser Zweifel, dass der Gesetzgeber kein Interesse am Betrieb der Familienstiftung zeigte, da es sich dabei um "intime" Verhältnisse handelt, "mit denen der Staat, die Gemeinde und die Behörden nichts zu tun haben sollen" (StenBull NR 15 (1905) 487). Zweifellos besteht aber ein öffentliches Interesse an den (wohltatigen) Aufgaben der Familienstiftungen. Vgl. auch RIEMER N 48 zu Art. 84 ZGB mit offenbar von der hier vertretenen abweichender Auffassung.

5 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER N 32 zu § 16 StG.

Werden derartige öffentliche Aufgaben erfüllt⁶, geniessen deren Träger in der Regel Steuerfreiheit. Durch Steuerbefreiung werden ferner im Interesse der Allgemeinheit stehende Kultuszwecke, Unterrichtszwecke, gemeinnützige Zwecke und soziale Zwecke gefördert⁷. Unter den sozialen Zwecken sind im besonderen die Personalfürsorgestiftungen zu nennen⁸, welche ebenfalls von Steuern befreit sind⁹, sofern bei deren zivilrechtlicher Ausgestaltung gewisse Anforderungen des Steuerrechts beachtet werden¹⁰.

Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist ferner das Fehlen von Erwerbs- oder Selbsthilfeszwecken¹¹. Um jedoch von der Steuerbegünstigung ausgeschlossen zu werden, muss die Erwerbstätigkeit im Sinne wirtschaftlicher Zwecksetzung ausgeübt werden. "Dies ist nicht der Fall, wenn ideelle, altruistische oder öffentliche Zwecke vorherrschen oder wenn der Erwerbstätigkeit im Rahmen des gesamten Wirkens der Institution nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Auch das Führen eines Gewerbebetriebes allein zwingt nicht zum Schluss, dass Erwerbszwecke verfolgt werden"¹². So sind auch Selbsthilfeszwecke zugelassen, sofern sie auf "die gemeinsame Förderung oder Sicherung vorwiegend ideeller Interessen"¹³ zielen. Voraussetzung der Steuerbefreiung im Kanton Zürich ist sodann, dass die Tätigkeit der Institution sich im Kanton oder im gesamtschweizerischen Interesse entfalte¹⁴. Befreiung ist ausserdem aufgrund von Gegenrechtsvereinbarungen möglich¹⁵.

Die Steuerbehörden haben mit "Weitblick, Gestaltungswille und liberaler Haltung"¹⁶ die soziale Funktion der Anlagestiftung erkannt und ihr Steuerbefreiung gewährt^{17,18}. Dies ist aus zwei Gründen berechtigt. Einerseits sind Personalfürsorge-

6 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 32 ff.; MASSHARDT N 4 ff. zu Art. 16 WStB; GRÜNINGER/STUDER Ziff. 3c zu § 7 StG.

7 Vgl. REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 20/36 ff./43 f./45 ff./57 ff.; MASSHARDT a.a.O. N 8 ff.; GRÜNINGER/STUDER a.a.O.; GRUBER N 26 zu Art. 23 StG.

8 Vgl. REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER N 78 ff.; MASSHARDT N 20 ff.

9 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 79 sprechen von einem Befreiungsgrund sui generis. "Sobald besondere Stiftungen oder Körperschaften bestehen, die Träger des der Personalfürsorge gewidmeten Vermögens sind, ist Steuerfreiheit jedenfalls zu gewähren" (GRÜNINGER/STUDER a.a.O.).

10 Vgl. RIEMER ST N 280 ff.; REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 85 ff.; GRUBER a.a.O. N 24; insbesondere WIRZ 149 ff.

11 Vgl. REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 23; GRÜNINGER/STUDER a.a.O.

12 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 26 mit Verweisung auf die Praxis.

13 REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 27 mit Verweisung auf die Praxis.

14 Vgl. REIMANN/ZUPPINGER/SCHÄRRER a.a.O. N 29 f.

15 Bern und Basel verlangen Sitz im Kanton und gewähren Steuerbefreiung aufgrund von Gegenrechtsvereinbarungen, Bern ausserdem auch, wenn sich bloss die Stiftungstätigkeit auf den Kanton erstreckt.

16 WIRZ, IST Nr. 1, 8 f.

17 Das gilt für alle beteiligten Kantone sowie für den Bund. Die Rechtsgrundlagen sind Art. 16 Ziff. 4bis WStB (Bund), § 7 Abs. 1 lit. c StG (Basel), Art. 23 Abs. 1 Ziff. 8/9 StG (Bern) und § 16 lit. d StG (Zürich); vgl. WIRZ 149 ff. und III. Teil.

18 Die Anlagestiftungen sind von Einkommens- und Vermögenssteuern sowie von der eidg. Emissionsstempelabgabe befreit. Sodann besteht eine Vereinfachung des Verrechnungssteuerverfahrens.

stiftungen ausdrücklich von der Steuerpflicht befreit¹⁹. Die Anlagestiftung ist jedoch als deren Hilfsstiftung nichts anderes als eine Verlagerung von Funktionen der Personalvorsorge und deren Zusammenfassung in einer neuen rechtlichen Einheit²⁰. Die Steuerbehörden haben somit in konsequenter wirtschaftlicher Betrachtungsweise diesen (zivilrechtlich getrennten) Sachverhalt einer einheitlichen steuerrechtlichen Ordnung unterworfen. Die Anwendung der Steuerbefreiung auf die Anlagestiftung rechtfertigt sich aber andererseits auch über deren Zwecksetzung hinaus aufgrund der Tatsache, dass sie ein dezentrales System der Personalvorsorge mit kleinen und kleinsten Vorsorgeeinheiten auf die Dauer überhaupt erst ermöglicht²¹ und damit eminent öffentliche Interessen wahrt.

19 Vgl. Anm. 17.

20 Vgl. hinten § 17 Anm. 9.

21 Vgl. hinten § 18.

2. Kapitel

Die in der Anlagestiftung vorhandenen und durch deren Bestand berührten Interessen

§ 17 Die Interessen der Teilnehmer

I. Destinatär und Teilnehmer

Der Wandel des Destinatärbegriffs hat mit der Personalvorsorgestiftung eingesetzt und mit der Anlagestiftung einen Punkt erreicht, bei welchem der Gebrauch desselben fragwürdig wird. Der vorsorgebeteiligte Arbeitnehmer ist Destinatär. Nach der durchschnittlichen Lebenserwartung kommt er auch in den Genuss der Stiftungsleistungen. Was ihn vom ursprünglichen Destinatärtypus jedoch unterscheidet, ist seine aktive stifterähnliche Stellung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung. Der Arbeitnehmer-Destinatär spielt eine Doppelrolle, eine aktive als Arbeitnehmer und eine in der Regel passive als Begünstigter¹.

Auch der Teilnehmer nimmt eine ähnliche Doppelstellung gegenüber der Stiftung ein. Als Mitstifter steht er in einem vergleichbaren Verhältnis zur Stiftung wie der vorsorgebeteiligte Arbeitnehmer. Begünstigt ist er hingegen nur dadurch, dass ihm infolge des Vorhandenseins der Anlagestiftung eine seinen Bedürfnissen angepasste Anlagemöglichkeit für die Vorsorgekapitalien geboten wird. Die Kosten der (weiteren) Stiftungsleistungen trägt er selber. Der Teilnehmer ist nicht endgültiger Empfänger der Leistungen, sondern Benutzer der gesamten Einrichtung^{2,3}.

1 Vgl. vorn § 12 II.

2 Auch der Anstaltsbenützer gebraucht die gesamte Einrichtung der Anstalt. Seine in der Regel *gewaltunterworfen*e Stellung unterscheidet ihn aber vom Teilnehmer. Die Organisation ist Unterworfenen (der Gemeinschaft) der Teilnehmer und nicht umgekehrt.

In der Unterworfenheit (Abhängigkeit) des Stiftungselements liegt das wesentlichste atypische Merkmal der Anlagestiftung. Atypisch sind aber auch die gesellschaftliche Ausgestaltung der Organisation und die Funktion der Stiftung als Organ. Atypisch ist ferner die Funktion der Unternehmensträgerschaft. Vgl. hinten 3. Abschnitt.

3 M.E. ist die Zuwidmung eines (geringfügigen) Vermögensteiles stiftungsrechtlich überflüssig. Die Anlagestiftung ist durch die Gründungstifter genügend dotiert, wenn diese ihr einen zur Betriebsaufnahme ausreichenden Betrag widmen. Mehr verlangt das Gesetz nicht.

Liegt keine Vermögenswidmung vor, wird der Teilnehmer zum ausschliesslichen Benutzer (Anleger) der Stiftung, welcher nur durch das Vorhandensein der konkreten Anlagemöglichkeit "begünstigt" ist. Im übrigen braucht es stiftungsrechtlich weder die Eigenschaft als Stifter noch als Destinatär, um an der Stiftungsverwaltung beteiligt werden zu können. Es liegt somit der Fall einer Stiftung ohne (eigentliche) Destinatäre vor. Die (eigentliche) Stiftungsleistung der Anlagestiftung ist ihr (durch öffentliche Interessen gebotenes) Vorhandensein. Eine gewisse Ähnlichkeit besteht somit zu Museums- und entsprechend nicht (materiell) leistungsorientierten Stiftungen. Im Unterschied zur Anlagestiftung deckt jedoch der Benutzer dieser Einrichtungen die effektiven Betriebs- und immateriellen Leistungskosten nicht im vollen Umfang.

II. Dezentrale Vorsorge und kollektive Vermögensverwaltung

Kleinere Personalvorsorgeeinrichtungen stehen hinsichtlich der Vermögensverwaltung in zweierlei Hinsicht vor oft kaum lösbaren Problemen. Sie verfügen zumeist über zu wenig umfangreiche Vermögen, um grössere (Gesamt-)Anlagen zu tätigen. Das erlaubt ihnen praktisch nur den Erwerb von Wertpapieren und anderen durch die Banken bereitgehaltenen Anlagemöglichkeiten, wobei jedoch die Anlagen kaum genügend gestreut werden können, um eine optimale Risikoverteilung zu erlangen. Vor allem erlaubt es ihnen nicht, gerade in jene Anlagen einzusteigen, welche die beste Substanzerhaltung versprechen, in Immobilien, sowie von Fremdwährungsanleihen mit hohen Renditen zu profitieren. Dazu gesellen sich die fachlichen Anforderungen der Vermögensverwaltung, welche neben der zeitlichen Beanspruchung Erfahrung und Fachwissen erfordern. Kleinere Vorsorgeeinrichtungen sind kaum in der Lage, diese Aufgabe ohne unverhältnismässige Kosten optimal zu lösen^{4,5}.

Grundsätzlich dezentrale Vorsorge muss aber trotz der Schwierigkeiten ein Prinzip eines freiheitlichen Gemeinwesens bleiben. Ohne diesem Grundsatz Abbruch zu tun, lassen sich einzelne Funktionen ausgliedern und zusammenfassen, um so leistungsfähiger gestaltet zu werden. In diesem Spannungsfeld von individueller und kollektiver Aufgabenbewältigung liegt der Genossenschaftsgedanke der gemeinschaftlichen Selbsthilfe nicht fern⁶.

III. Der genossenschaftliche Gedanke in der Anlagestiftung

Der genossenschaftliche Gedanke drückt sich bereits in der Zweckumschreibung der Anlagestiftung aus. Ziel der Stiftungstätigkeit ist "die Förderung der Personalvorsorge"(einrichtungen). Darunter ist die wirtschaftliche Förderung der Teilnehmer im Sinne von Art. 828 OR zu verstehen und nicht irgendeine unbestimmte Förderung der beruflichen Vorsorge⁷. Erreicht wird diese Besserstellung der Teilnehmer durch die gemeinsame Verwaltung der Vorsorgekapitalien⁸. Dadurch werden diese

4 Ebenso NRUHOFF/PAVEL XXXV: "Die Zusammenfassung der Stiftungsvermögen zu einer *Kapitalsammelstiftung* ... böte ... die Gewähr für eine gute Anlagepolitik zur Vermögenssicherung bei geringeren Verwaltungskosten" (Hervorhebung von mir); vgl. auch FORSTMOSER, *Anlagefondsgesetz* 11 betreffend den *Anlagefonds*.

5 Im Interesse der Teilnehmer (wie im öffentlichen Interesse) liegt auch der Umstand, dass die Anlagestiftung nicht gewinnorientiert ist. Die Anlagen erfolgen daher in deren ausschliesslichen Interesse und ohne Rücksicht auf Umsatz und Gewinn des (Fonds-)Trägers.

6 PAVEL 85 bezeichnet die Anlagestiftung als "Selbsthilfeeinrichtung".

7 Von diesem Förderungszweck (Endzweck) ist der eigentliche Zweck der "gemeinsamen Anlage und Verwaltung der Vorsorgekapitalien" zu unterscheiden. Vgl. MOSER 4; FORSTMOSER N 95 f. zu Art. 832/33 OR; vgl. auch hinten § 22 I 1.

8 Dass es sich dabei um wirtschaftliche Interessen im Sinne von Art. 828 OR handelt (MOSER 5 f.; FORSTMOSER N 61 ff. zu Art. 828 OR; von STEIGER, *Grundriss* 25), ist bereits dargestellt worden.

mittels genossenschaftlicher Leistung direkt unterstützt⁹. Auch die dienende Funktion der Anlagestiftung ist typisch genossenschaftlich¹⁰. "Betriebswirtschaftlich wird das Charakteristikum der Genossenschaft darin gesehen, dass sie eine Förderungswirtschaft darstellt, die nicht eigene Bedürfnisse zu erfüllen hat, sondern auf die Bedürfnisse der Mitglieder ausgerichtet bleiben muss"¹¹.

Die Teilnehmer sind selbst an der Zweckerreichung beteiligt¹². Aus dem Prinzip der Selbsthilfe folgen als Pfeiler genossenschaftlichen Denkens die Grundsätze der Selbstverwaltung und der Selbstverantwortung sowie der Grundsatz der demokratischen Verwaltung¹³, Prinzipien, welche bei der Anlagestiftung weitgehend verwirklicht sind.

Die Anlagestiftung fördert jedoch nicht nur die Interessen ihrer Teilnehmer¹⁴, sondern ist als Ganzes in ihrer sozialen Funktion auch der Allgemeinheit verpflichtet¹⁵. Dadurch wächst sie über ihre wirtschaftlichen Funktionen hinaus und wird zu einem Instrument öffentlicher Interessen¹⁶.

In der Anlagestiftung ist schliesslich durch die besondere rechtliche Struktur in vermögensrechtlicher Hinsicht der Versuch unternommen worden, das zu verwirklichen, was in der Genossenschaft als "Voraussetzungen für eine Entwicklung zur Anstalt hin"¹⁷ schlummert¹⁸. Die Anlagestiftung bleibt jedoch hinsichtlich des Anlagevermögens körperschaftlich, da sich die Organstiftung wirtschaftlich von der Grundgesellschaft nicht löst und auch das Anlagevermögen nur in deren fiduziarisches Eigentum übertragen wird¹⁹.

Entgegen dem (rein) personalistischen Aufbau der Genossenschaft²⁰ ist die Anlagestiftung stark kapitalistisch strukturiert. Mitwirkungsrechte, Überschussverteilung und Verteilung des Liquidationsergebnisses erfolgen nach Massgabe der

9 Gewinnstrebigkeit ist der Genossenschaft fremd (FORSTMOSER ST N 104 f. mit Verweisungen; MOSER 6).

10 RIEMER ST N 320 bezeichnet die Anlagestiftung treffend als "Hilfsstiftung der Personalfürsorge".

11 FORSTMOSER ST N 71; vgl. auch MOSER 6.

12 Die Genossenschafter selbst müssen für die Zweckerreichung besorgt sein (MOSER 7; von STEIGER, Grundriss 25 f.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 15 N 11 ff.).

13 FORSTMOSER ST N 65 mit Verweisungen.

14 Im übrigen ist auch das "Prinzip der offenen Tür" bei der Anlagestiftung verwirklicht (vgl. dazu GUTZWILLER N 3 ff. zu Art. 839 OR; KORACH 40 ff.; BÜHLER 54 ff.; GERWIG 63 ff., 231 ff.).

15 Die volkswirtschaftlichen Konsequenzen der Genossenschaftstätigkeit sind in der Literatur als Charakteristikum und gesetzlich vorgesehenes Phänomen des Genossenschaftswesens bezeichnet worden (vgl. MOSER 9 und dort zitierte Literatur).

16 Vgl. FORSTMOSER ST N 99 ff. Dadurch wird die Genossenschaft jedoch nicht automatisch zur idealen Einrichtung. Bei der gewöhnlichen Genossenschaft überwiegen die wirtschaftlichen Interessen der Mitglieder.

17 FORSTMOSER ST N 84.

18 Aufgrund der Teilnahme an der (Stiftungs-)Verwaltung erfolgt dies nicht mit der Konsequenz, wie sie FORSTMOSER aufzeigt (vgl. FORSTMOSER ST N 72 ff.).

19 Vgl. hinten § 26 V.

20 FORSTMOSER ST N 88/91.

(Kapital-)Beteiligung²¹. Zusammenschluss und gemeinsames Vorgehen verschaffen den an der Anlagestiftung Beteiligten jedoch die notwendige wirtschaftliche Macht, um ihre Aufgabe optimal erfüllen zu können. Darin liegt die Grundidee genossenschaftlichen Wirkens²², so dass eine – im übrigen durch die wirtschaftliche Betätigung der Anlagestiftung bewirkte – strukturelle Abweichung vom Genossenschaftstypus daran keine wesentliche Verschiebung bewirkt^{23,24}.

21 Vgl. FORSTMOSER ST N 89.

22 FORSTMOSER ST N 67.

23 Kapitalistische Elemente sind der Genossenschaft wesensfremd (FORSTMOSER ST N 88/90 f.).

24 Es liegt im besonderen Tätigkeitsbereich der Anlagestiftung, der Kapitalanlage, begründet, dass jedem Mitglied seinem Kapital entsprechende Erträge zufließen und ihm bei der Auflösung das gesamte eingelegte Kapital wieder ausgerichtet wird. Anders ist dies jedoch beim Stimmrecht. Die Ausübung nach Massgabe der Beteiligung bedeutet eine *kaum notwendige* Einschränkung der genossenschaftlichen Stellung der Teilnehmer. Das Selbsthilfeinteresse ist bei allen Teilnehmern dasselbe und hängt im Gegensatz zu den Kapital(ertrags)interessen nicht von der Höhe der Beteiligung ab.

§ 18 Die Interessen der Allgemeinheit

Träger der Sozialpolitik können und müssen auch, soweit dies möglich ist, private Institutionen sein. Es ist ein Grundprinzip freiheitlicher Ordnung, Konzentrationen öffentlicher und privater Funktionen in einer Hand zu vermeiden.

Die berufliche Vorsorge kann als Ganzes gemeinschaftlich durch staatliche Institutionen oder individuell durch betriebliche Einrichtungen verwirklicht werden. In der Schweiz hat sich die berufliche Vorsorge betrieblich entwickelt¹ und daran will auch das kommende Obligatorium nichts ändern². Damit jedoch auch kleine und kleinste Vorsorgeeinrichtungen ihre Aufgabe erfüllen können, sind Träger von Hilfsfunktionen wie die Anlagestiftung notwendig³. Darin liegt ein strukturerhaltender Beitrag, welcher im öffentlichen Interesse liegt.

1 Ausführlich zum Werden und Wesen der Personalvorsorge WIRZ, Personal-Wohlfahrts-einrichtungen 5 ff., insbesondere 103 ff.

2 Vgl. Botschaft BVG 1975, 14; vgl. auch RIEMER, Aktuelle Fragen 71; WALSER 1.

3 Die bei AST und COLUMNNA im Jahresbericht veröffentlichten Zusammenstellungen betreffend die Anlegerstruktur zeigen, dass vor allem kleine und mittlere Personalvorsorgeeinrichtungen eine kollektive Anlage suchen. Vgl. auch WEHRLI U. 66 f.

3. ABSCHNITT

Die Anlagestiftung ist eine der Doppelgesellschaft ähnliche Konstruktion mit Unternehmen

1. Kapitel

Numerus clausus der Rechtsformen und juristische Doppelorganisation

§ 19 Anstalt, Körperschaft und Rechtsgemeinschaft

Die Unterscheidung von Anstalt, Körperschaft und Rechtsgemeinschaft¹ ist von der Lehre umfassend herausgearbeitet worden². Es genügt, hier auf die wesentlichen Kriterien hinzuweisen. Das wichtigste Begriffselement der Körperschaft ergibt sich aus dem Gesetz selber. Art. 52 ZGB spricht von Personenverbindungen. Die Körperschaft ist somit eine Verbindung „von Personen, die einen selbstgesetzten Zweck verfolgt und sich eine zweckdienliche Organisation gegeben hat in einer Ausgestaltung, der die Rechtsordnung die juristische Persönlichkeit verleiht“³. Die Anstalt hingegen besteht nicht in einem Personenverband, sondern basiert auf einem Vermögenssubstrat⁴. Sie ist „ein verselbständigtes, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Zweckvermögen“⁵. Die Anstalt hat somit per definitionem keine Mitglieder⁶. Während also Subjekt des Körperschaftsvermögens die Körperschaft als Vereinigung von Personen ist, ist Subjekt des Anstaltsvermögens die Anstalt selbst⁷.

Dieser grundlegende Unterschied beeinflusst die Struktur der beiden Kategorien von juristischen Personen entscheidend. Jede mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete juristische Person ist rechtsfähig⁸ und unter der Voraussetzung der Bestellung der unentbehrlichen Organe handlungsfähig⁹. Dies bedeutet nichts anderes, als dass auch juristische Personen unter Vorbehalt ihrer Wesensunterschiede grundsätzlich

1 Die Unterscheidung wird in der Folge nur im Hinblick auf die einfache Gesellschaft vorgenommen, da im Zusammenhang mit der Anlagestiftung nur diese interessiert.

2 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2; MEIER-HAYOZ, Strukturen 319 ff.; RIEMER ST N 16 ff.; GUTZWILLER, Verbandspersonen 448 ff.

3 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 33.

4 RIEMER ST N 16 mit Verweisungen; MEIER-HAYOZ, Strukturen 321 Anm. 2.

5 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 34; vgl. aber vorn § 11 Anm. 27.

6 RIEMER ST N 16 und dort zitierte Literatur und Praxis; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 2 N 38; kritisch NOBEL 616 ff.

7 RIEMER ST N 16.

8 Art. 53 ZGB.

9 Art. 54 ZGB.

unbeschränkt Rechte und Pflichten haben und diese durch eigene Handlungen begründen können. Diese Fähigkeit ist nun aber bei der Anstalt insofern beschränkt¹⁰, als sie, was ihre zwingenden Grundzüge betrifft, keinen eigenen Willen bilden kann. Sie wird von einem fremden Willen beherrscht, im Fall der Stiftung von jenem des Stifters¹¹. Das folgt zwingend aus dem Begriff der Anstalt als einem verselbständigten Zweckvermögen. Da eine Sache keinen Willen bilden kann, müssen deren zur Erlangung der Rechtspersönlichkeit notwendigen Grundzüge durch fremden Willen gebildet werden. Aus der Verselbständigung folgt sodann, dass dieser Wille nachträglich nicht beliebig abgeändert werden darf. Bei Anstalten ist somit hinsichtlich Bestand und Veränderung eine Willensbildung begrifflich ausgeschlossen und sie kann keine Willensbildungsorgane haben. Das gilt allerdings nur für die grundsätzlichen (zwingenden) Regelungen der Anstaltsexistenz. Im übrigen ist der Schöpfer der Anstalt frei, die Organe (in Ausführung des Schöpferwillens) eigenes Ermessen walten zu lassen¹².

Die Körperschaft hingegen bildet ihren Willen mittels ihrer Mitglieder in deren Eigenschaft als Träger von Organfunktionen selber. Das Selbstbestimmungsrecht ist für die Körperschaft charakteristisch und die Unabänderbarkeit der Anstaltssatzungen die Folge von dessen Fehlen¹³.

Körperschaft und einfache Gesellschaft unterscheiden sich vor allem in der Rechtszuständigkeit. Bei der einfachen Gesellschaft ist das einzelne Mitglied Rechtsinhaber¹⁴. Stehen bei der Körperschaft die Vermögenswerte im Alleineigentum des Personenverbandes, besteht bei der einfachen Gesellschaft gemeinschaftliches Eigentum¹⁵. Das Fehlen der Rechtspersönlichkeit bestimmt wesentlich die Struktur der einfachen Gesellschaft. So berührt der Mitgliederwechsel den Bestand der Körperschaft nicht. Die einfache Gesellschaft ist jedoch regelmässig "aus wenigen, in enger Verbindung zueinander stehenden Gesellschaftern zusammengesetzt"¹⁶. Deshalb ist der Wechsel im Mitgliederbestand normalerweise ausgeschlossen bzw. nur unter Zustimmung aller Gesellschafter möglich¹⁷.

Die Körperschaft ist von der jeweiligen Mitgliederzusammensetzung unabhängig, während bei der einfachen Gesellschaft die Zweckerfüllung in der Tätigkeit der einzelnen Gesellschafter liegt¹⁸. Dies setzt grundsätzlich die Zustimmung aller Beteiligten voraus, denn jedes Mitglied hat solidarisch für die Gesellschaftsver-

10 RIEMER ST N 20.

11 RIEMER ST N 17 mit Verweisungen.

12 RIEMER ST N 19.

13 RIEMER ST N 18.

14 MEIER-HAYOZ, Strukturen 331; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 13.

15 MEIER-HAYOZ, Strukturen 333 f.; von STEIGER W. 382; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 14 f.

16 MEIER-HAYOZ, Strukturen 333.

17 Vgl. Art. 542 Abs. 1 OR; von STEIGER W. 412, 413; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 10/72. Die Beteiligten schliessen mit dem Neueintretenden sozusagen einen neuen (Gesellschafts-)Vertrag ab.

18 MEIER-HAYOZ, Strukturen 335; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 8.

pflichtungen einzustehen¹⁹. Bei der Körperschaft mit normalerweise grosser Mitgliederzahl ist das Einstimmigkeitsprinzip jedoch undenkbar. Daher wird der Verbandswille durch die Mehrheit gebildet²⁰.

Das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Mitgliedern bestimmt auch die Organisationserfordernisse. Bei der Körperschaft müssen besondere (Geschäftsführungs-) Organe bestellt werden (Drittorganschaft), während bei der einfachen Gesellschaft dem einzelnen Mitglied als solchem Organeigenschaft zukommt (Selbstorganschaft)²¹.

Diese Unterschiede sind jedoch nicht zwingend. Bei der einfachen Gesellschaft können korporative und kapitalistische Elemente sozusagen unbeschränkt eingeführt werden²². So kann eine körperschaftsähnliche Organisation mit Generalversammlung, Verwaltungsrat und Kontrollstelle im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden²³. Auch die Einführung des Mehrheitsstimmrechts ist zulässig²⁴. Ebenso ist der Wechsel im Mitgliederbestand bzw. die Aufnahme neuer Mitglieder sowie deren Ausscheiden unter Wahrung der Kontinuität der Gesellschaft möglich²⁵. Der Gesellschaftsvertrag kann diesbezüglich Mehrheitsbeschluss vorsehen oder den Entscheid in die Kompetenz der Geschäftsführung legen²⁶. Im übrigen kann auch vom Kopfstimmrecht abgewichen und eine andere Stimmenverteilung vorgesehen werden. Sie kann beispielsweise mit der Höhe der Kapitaleinlage gekoppelt werden²⁷. Auf diese Weise kann praktisch ein der (kapitalistischen) Körperschaft ähnliches Gebilde errichtet werden. Allein im Aussenverhältnis bleibt es einfache Gesellschaft. Vertretung ist nur gemeinsam oder durch gewöhnliche Stellvertretung möglich. Aufgrund der organähnlichen Stellung der zur Vertretung Berufenen rechtfertigt es sich jedoch bei einer derart körperschaftsähnlichen Gesamtorganisation, den Organbegriff auf die einfache Gesellschaft auszudehnen²⁸. Im übrigen hindert die einfache Gesellschaft nichts, "in Gestalt der sog. Doppelgesellschaft eine juristische

19 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 39/55; von STEIGER W. 443 ff.

20 MEIER-HAYOZ, Strukturen 336.

21 MEIER-HAYOZ, Strukturen 337; von STEIGER W. 398; MEIER-HAYOZ, FORSTMOSER § 8 N 43.

22 MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 308 f.; von STEIGER W. 337.

23 von STEIGER W. 309.

24 Art. 504 Abs. 2 OR; vgl. VOGELISANG 116 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 309; von STEIGER W. 395.

25 von STEIGER W. 407; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 310; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 70.

26 von STEIGER W. 408, 412; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 72.

27 MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 309; MEIER-HAYOZ, Strukturen 336; von STEIGER W. 396; SIEGWART N 13 zu Art. 533 OR und N 8 zu Art. 534 OR; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 40; GNOS 37; BECKER N 7 zu Art. 534 OR.

28 NAEGELI II 339; vgl. NITSCHKE 94 ff.; von ALBERTINI 13, welcher im übrigen von mit "Organkompetenz ausgestatteten Organträgern" spricht (a.a.O. 28); RICHARD 34, 101 ff. braucht für die Kommanditgesellschaft die Bezeichnung "Quasi-Organe"; vgl. auch GUTZWILLER, Verbandspersonen 487; widersprüchlich GEHRIGER 13, 35.

Person als Organ(gesellschaft) ins Leben zu rufen und diese nach aussen auftreten zu lassen”²⁹.

Jede Gesellschaft beruht notwendigerweise auf vertraglicher Grundlage. Bei der Körperschaft ist jedoch der (ursprüngliche) Gesellschaftsvertrag nur Begründungsakt mit Organisierungsfunktion³⁰. “Statuten sind Komplexe von Rechtsnormen, die als Verfassung von Körperschaften funktionieren und ihren Geltungsgrund unmittelbar in der Privatautonomie haben”³¹. Sie beruhen zwar auf rechtsgeschäftlicher Grundlage, haben jedoch die Bedeutung einer verfassungsmässigen Grundordnung³². Auch der einfachen Gesellschaft liegt kein (reiner) Schuldvertrag, sondern ein (in der Regel) mehrseitiger Vertrag sui generis zugrunde, welcher sowohl Schuld- als auch sozialrechtliche Elemente enthält³³. Dieser nimmt bei körperschaftlicher Ausgestaltung der einfachen Gesellschaft den Charakter von Statuten an, so dass auch in diesem Fall von Satzungen gesprochen werden kann³⁴.

29 MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 309 mit Verweisung (Klammer von mir). Zum Begriff der Doppelgesellschaft vgl. hinten § 20 II und § 23 Anm. 2.

30 MEIER-HAYOZ, Strukturen 339.

31 HÜPPI 1.

32 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 11 N 2 f.; vgl. von STEIGER W. 274 f.; KLAUS 170.

33 von STEIGER W. 272; vgl. auch VOGELSANG 48 f.; MÜLLER A. 8 f.; SAXER 36, welcher jedoch von einem (Dauer-)Schuldverhältnis ausgeht; MENGIARDI 137 ff. mit Wiedergabe der Ordnung des Rechtsinstituts des mehrseitigen Vertrages im italienischen Recht (a.a.O. 139 f. und im Anschluss daran von STEIGER W. 273); MEIER W. 46 ff., welcher im übrigen auf die dingliche Komponente der Vermögensgemeinschaft hinweist (a.a.O. 53); vgl. insbesondere MÜLLER R. 31 ff. und passim.

34 In diesem Zusammenhang ist nicht näher auf (die kontroversen Meinungen über) die Rechtsnatur von Gesellschaftsvertrag und Statuten einzugehen. Vgl. dazu von STEIGER W. 271 ff.

§ 20 Die Zulässigkeit atypischer Ausgestaltung im Gesellschaftsrecht

I. Der Numerus clausus gesetzlicher Gesellschaftsformen

Der Gesetzgeber hat auch im Gesellschaftsrecht die Privatautonomie anerkannt¹. Diese wird jedoch durch den Grundsatz des Numerus clausus der gesetzlichen Formen beschränkt². Danach können nur Gesellschaften gebildet werden, welche im Gesetz vorgesehen sind³. Wird eine dieser Rechtsformen gewählt, so sind deren begriffsnotwendigen Merkmale zu erfüllen und alle zwingenden (Rechtsfolge-) Vorschriften zu beachten⁴. Vermischung anerkannter zur Schaffung von neuen Formen ist nicht zulässig⁵.

II. Die Überlagerung von gesetzlichen Gesellschaftsformen

Prototyp der Überlagerung von Gesellschaftsformen ist die Doppelgesellschaft⁶. Eine solche liegt vor, "wenn zwei oder mehrere Personen zwei Gesellschaften bilden und diese zu einem wirtschaftlich einheitlichen Gebilde verschweissen, wobei die eine Gesellschaft als abhängiges geschäftsführendes Organ der andern tätig ist"⁷. Man kann somit Grundgesellschaft und Organgesellschaft unterscheiden⁸, wobei die Organgesellschaft nicht Mitglied der Grundgesellschaft ist⁹. Während diese in der Regel eine einfache Gesellschaft ist, kann jene jede andere Körperschaftsform annehmen¹⁰. Häufig ist die Kombination mit einer AG¹¹.

Der Zulässigkeit einer derartigen Kombination von Gesellschaftsformen steht nichts entgegen¹², solange dadurch nicht Rechtsverhältnisse geschaffen werden, welche die "unverrückbaren Grundstrukturen"¹³ der beteiligten Gesellschaften

1 KOLLER 106; RICHARD 68. Zum Inhalt der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht vgl. KOLLER 107 ff., 118 ff.

2 KOLLER 99 und a.a.O. 96 Anm. 1 zitierte Literatur. Zur Begründung vgl. MENGARDI 122 ff.; KOLLER 97 ff.; WOHLMANN 82 f. Massgebende Gründe sind der allgemeine Rechts- und Verkehrsschutz sowie der Gläubiger- und Gesellschafterschutz (KOLLER 98; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 333; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 36).

3 Sog. Prinzip der Formgebundenheit (Formenzwang). KOLLER 126; OTT 87; WOHLMANN 81.

4 Sog. Prinzip der Formfixierung. OTT 88; WOHLMANN 82 mit Verweisungen; ausführlich KOLLER 128 ff.; FORSTMOSER, Diss. 73.

5 Sog. Verbot der Formenvermischung. KOLLER 127; OTT 87.

6 WOHLMANN 84, welcher terminologisch ungenau von Grundtypenvermischung spricht.

7 NAEGELI I 9; vgl. auch SCHLUEP, Probleme 338.

8 SCHLUEP, Probleme 338; vgl. NAEGELI I 2.

9 SCHLUEP, Probleme 470 mit Verweisungen.

10 SCHLUEP, Probleme 339; NAEGELI I 5 f., II 282 f.; TREECK 13, 35 f.

11 WOHLMANN 84; SCHLUEP, Probleme 339.

12 KOLLER 98 f.; NAEGELI II 530 f.; GYSIN 401; HUG 326; MENGARDI 162; SCHLUEP, Probleme 339.

13 KOLLER 133.

verändern oder dem Gesetz (im Rahmen der Formgebundenheit) unbekannte Gebilde entstehen lassen¹⁴. Selbstverständliche Voraussetzung ist ferner, dass auf dem (an sich zulässigen) Weg nicht Ziele erreicht werden, welche der Gesetzgeber nicht zulassen wollte (Gesetzesumgehung) und dass sich das Vorgehen nicht als rechtsmissbräuchlich erweist¹⁵.

III. Der Typus als Schranke der (inhaltlichen) Gestaltungsfreiheit

Die zwingenden Normen dienen im Gesellschaftsrecht nicht nur dem Schutz Dritter, sondern auch der Gesellschafter¹⁶. Die Rechtsformen beschränken daher nicht nur die Freiheit in der Gestaltung des Aussenverhältnisses¹⁷, sondern auch diejenige des Innenverhältnisses¹⁸. Es sind dies vor allem Normen, welche die Erhaltung der Grundstruktur einer bestimmten Gesellschaftsform bezwecken¹⁹. An dieser Fundamentalordnung findet die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht ihre absoluten Schranken, und zwar nicht nur bei der Gründung, sondern auch während des ganzen Bestehens einer Gesellschaft²⁰. Innerhalb der Schranken der zwingenden Tatbestands- und Rechtsfolgebestimmungen gilt jedoch Gestaltungsfreiheit²¹.

In neuerer Zeit ist nun die Frage aufgetaucht, ob der Typus als (relative) Schranke der privaten Gestaltungsfreiheit zu betrachten sei²². Diese Ansicht ist vor allem in Deutschland vertreten worden²³. Zur Begründung wird im wesentlichen angeführt, die Beteiligten hätten es andernfalls "in der Hand, die rechtspolitischen Ziele, die für die gesetzestypische Ausgestaltung richtungsweisend und bestimmend gewesen seien, völlig auszuschalten"²⁴. Die schweizerische Lehre hat sich jedoch einhellig dagegen gewandt²⁵.

Es widerspricht der (richtig verstandenen) Natur des Typus, eine entsprechend "klassifikatorische" Funktion auszuüben. Das ist eben gerade die Aufgabe des klassifizierenden Begriffs. Denn "im Moment, wo einem Merkmal ein zwingender Charakter zukommt, verdichtet es sich zum Begriffsmerkmal und verliert damit

14 Vgl. z.B. die bei WOHLMANN 84 f. dargestellte GmbH & Co. KG.

15 Vgl. SCHLUEP, Probleme 471 f.; KOLLER 139 ff., insbesondere 141.

16 Vgl. vorn Anm. 2.

17 KOLLER 111 f.

18 Vgl. KOLLER 113 ff.

19 KOLLER 131, 132; RICHARD 83.

20 KOLLER 115, 132.

21 KOLLER 133. Die Typabweichungen sind eine Folge davon (KOLLER 118, 133 f.).

22 PEDRAZZINI 369 ff.

23 Zur Darstellung dieser Lehre vgl. KOLLER 134 ff.

24 GNOS 79 mit Verweisungen.

25 KOLLER 139; FORSTMOSER, Diss. 72 f.; OTT 93; VOGEL 39; RICHARD 91; SCHLUEP, Schutz 179, 180; GNOS 80; MENGARDI 131 f., 150 f.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 27; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 7 N 3.

seine spezifisch typologische Natur“²⁶. Wegen dieses Widerspruchs kann es deshalb keine eindeutigen Kriterien zur typologischen Bestimmung der gesetzlich erlaubten Abweichung vom gesetzlichen Typus geben²⁷, ganz abgesehen davon, dass die objektive Bestimmbarkeit des gesetzlichen Typus zweifelhaft ist, und der Typus selber an seiner naturgemässen Unschärfe ‘leidet’²⁸.

Lässt sich somit eine klare Trennung nur klassenlogisch erreichen, so muss es dem Gesetzgeber überlassen bleiben, die ihm als für eine bestimmte Gesellschaftsform wesentlich erscheinenden typischen Züge durch zwingendes Recht begrifflich festzulegen²⁹, um so im Extremfall die Gesellschaftsformen abschliessend zu ordnen. Dieses Vorgehen widerspricht jedoch der grundsätzlich freiheitlichen Rechtsordnung und würde der dynamischen Wirtschaftsrealität keineswegs gerecht. Permanente Gesetzesrevisionen oder die Lähmung der marktwirtschaftlichen Prozesse wären die unausweichlichen Folgen davon³⁰.

26 OTT 89; vgl. MENGIARDI 96.

27 OTT 93 f.; vgl. auch KOLLER 138 f.; FORSTMOSER 72; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 319.

28 Vgl. OTT 62, 63 f., 110 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 326 ff., 334 ff.; MEIER-HAYOZ, Typologie 255 f. Zum Problem der objektiven Typusbestimmung (als Festsetzung) vgl. OTT 66 ff., insbesondere 75 ff.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 336 f.; MEIER-HAYOZ, Typologie 255 f.

29 OTT 93; FORSTMOSER, Diss. 73; SCHLUEP, Schutz 179; ders., Typus 18; Beispiele gesetzlicher Typbindungen gibt KOLLER 92 f.

30 FORSTMOSER, Diss. 73; GNOS 80.

§ 21 Die Zulässigkeit atypischer Ausgestaltung im Stiftungsrecht

I. Numerus clausus der gesetzlichen Formen im Verhältnis zur Stiftung

Die Gültigkeit des Numerus clausus und der daraus resultierenden Grundsätze und Verbote ist auch für das Stiftungsrecht anerkannt¹. Offen bleibt, ob aufgrund der verschiedenen Struktur der Anstalt eine differenziertere Betrachtungsweise Platz zu greifen habe. Ausser Zweifel steht, dass das Prinzip der Formgebundenheit volle Geltung beansprucht. Obwohl der Verkehrsschutz nicht die gleiche Bedeutung hat wie im Handelsrecht, was bei der kirchlichen und der Familienstiftung klar zum Ausdruck kommt, obliegt die Gestaltung neuer Anstalten (des Privatrechts) dem Gesetzgeber. Das Prinzip der Formfixierung hingegen hat nicht eine so umfassende Bedeutung wie im Gesellschaftsrecht, da die Stiftung nur in geringem Umfang "unverrückbare Grundstrukturen" aufweist.

II. Die Schranken der Stiftungsfreiheit

Die Stiftungsfreiheit ist ein Anwendungsfall der Privatautonomie genauso wie die Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Sie bedeutet die Freiheit des Privaten, die Stiftung nach seinem eigenen Willen auszugestalten. Dieser Grundsatz ist in der Praxis allgemein anerkannt². Dass diese Freiheit an den generellen Schranken der Rechtsordnung und an den Verboten der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs ihre Grenze findet, ist an sich selbstverständlich³. Von Bedeutung sind vielmehr jene Schranken, welche sich aus Begriff und Wesen der Stiftung und der diese begründenden zwingenden Normen ergeben⁴. Zwingend sind die Tatbestandsvoraussetzungen, welche den Anstaltscharakter der Stiftung ausmachen⁵. Daraus folgen insbesondere das beschränkte Selbstbestimmungsrecht und die Verselbstständigung des Vermögens. Zwingende Rechtsfolgebestimmungen sind sodann die Vorschriften über die staatliche Aufsicht⁶. Innerhalb dieser Schranken verbleibt aber ein grosses Feld stifterischer Freiheit.

1 RIEMER ST N 40/43; WIGET 19.

2 RIEMER ST N 55 und dort zitierte Literatur und Praxis; GUTZWILLER, Stiftungen 577.

3 Vgl. dazu allgemein RIEMER ST N 61 ff.

4 Ohne Bedeutung sind in diesem Zusammenhang die formellen Voraussetzungen der Stiftungserrichtung.

5 KOLLER 128; GNOS 77 f.; FORSTMOSER 73.

6 RIEMER N 5 zu Art. 84 ZGB; GNOS 78.

III. Die Globalübernahme des Innenverhältnisses einer Gesellschaftsform

Neben der Freiheit in den Verwendungszwecken lässt das Gesetz dem Stifter praktisch unbeschränkte Freiheit in der Gestaltung des Innenverhältnisses der Stiftung⁷. Zwingend vorgeschrieben ist allein, dass die Organisation zweckdienlich ausgestaltet werden muss⁸. Es ist daher grundsätzlich ohne weiteres möglich, unter Berücksichtigung gewisser Konsequenzen, welche aus dem Anstaltscharakter der Stiftung folgen, die Organisation auch im Sinne einer der Gesellschaftsformen auszugestalten⁹. Eine Verletzung des Numerus clausus kann darin nicht erblickt werden, da der Gesetzgeber die freie, nur durch den Zweck gebundene Ausgestaltung der Stiftungsorganisation ausdrücklich vorgesehen hat¹⁰. Im übrigen bleibt die Stiftung im Ausenverhältnis unverändert, und die Verkehrssicherheit wird in keiner Weise tangiert¹¹.

IV. Die Stiftungsverwaltung als selbständige Gesellschaft

Das Verhältnis zwischen Stiftungsorganen und Stiftung ist vertraglicher Natur. Es handelt sich dabei um einen Vertrag *sui generis*¹², welcher sich nach dem zwingenden objektiven Stiftungsrecht, der Stiftungsurkunde und allfälligen Reglementen zu richten hat¹³. Mit Organfunktionen können natürliche oder juristische Personen betraut werden¹⁴. Dabei ist es unerheblich, ob die juristische Person bereits besteht oder erst errichtet werden muss¹⁵.

Durch entsprechende Ausgestaltung der Stiftungssatzungen ist es auch möglich, einen Verein oder eine einfache Gesellschaft zur Entstehung zu bringen, wobei letztere kraft Gesetzes entsteht, wenn die Voraussetzungen der Gesellschaftsbildung gegeben sind¹⁶. Wesentlichste Voraussetzung ist, dass die zur Stiftungsverwaltung berufenen Organmitglieder den Willen haben, sich zur gemeinsamen Verfolgung

7 Vgl. WALSER 82 ff.

8 Art. 83 ZGB.

9 Vgl. RIEMER N 6 zu Art. 83 ZGB, welcher die Personalunion eines *Organs* der verwaltenden juristischen Person und dem Organ der Stiftung als zulässig erachtet; MEILE ADr. 85; EBERLE 89 ff.

10 Vgl. GNOS 85 f.; WALSER 85; a.M. offenbar WIGET 20.

11 GNOS 83 f.

12 Vgl. dazu RIEMER N 18 zu Art. 83 ZGB und dort zitierte Literatur; BÜRGI N 1 ff. zu Art. 708 OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 23 N 2; MEIER-HAYOZ, Strukturen 337 Anm. 50; NAEGELI II 451 und kritisch dazu SCHLUP, Probleme 476 f. Anm. 28.

13 RIEMER N 18 zu Art. 83 ZGB.

14 RIEMER N 6 zu Art. 83 ZGB.

15 Betreffend die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Stiftung vor Eintragung ins Handelsregister vgl. RIEMER N 61 ff./77 ff. zu Art. 81 ZGB; BGE 103 Ib 8.

16 von STIFGER W. 356. Für die Entstehung eines Vereins (mit Rechtspersönlichkeit) muss "der Wille, als Körperschaft zu bestehen, aus den Statuten ersichtlich" sein (Art. 60 Abs. 1 ZGB).

eines bestimmten Zweckes zu vereinigen¹⁷. Die Problematik liegt somit im Vorhandensein der *affectio societatis*. Um die gesellschaftlichen Verhältnisse im Stiftungswesen herausarbeiten zu können, ist daher zunächst auf den Begriff der Gesellschaft einzugehen.

“Die Gemeinsamkeit der Interessen ist weder notwendiges noch hinreichendes Merkmal für das Vorliegen einer Gesellschaft. Kennzeichnend für die Gesellschaft ist vielmehr, dass die Beteiligten einen bestimmten Zweck gemeinsam verfolgen, dass sie mit ihren Leistungen einen übereinstimmend als solchen gewollten Erfolg fördern. In der gemeinsamen Zweckförderung, nicht in der Interessenskoinzidenz, liegt demnach das entscheidende Charakteristikum, welches die Gesellschaft von andern Vertragsverhältnissen abhebt”¹⁸. Die Unterwerfung der Mitglieder unter das Mehrheitsprinzip erscheint zunächst als ausschlaggebendes Merkmal für das Vorhandensein der erforderlichen *affectio societatis*. Das ist jedoch nicht der Fall. In der Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip drückt sich nur in besonderer Form die Gemeinsamkeit, die grundsätzliche Übereinstimmung der Interessen aus. Darüber hinaus muss sich jedoch der Wille der Beteiligten als solcher entfalten können und sich als aktives Hinwirken auf ein bestimmtes Ziel erweisen.

“Diese Ausrichtung der Handlungen auf ein bestimmtes Ziel fehlt jenen vertraglichen Personenzusammenschlüssen, die ihre Aufgabe in einem blossen Haben, Nutzen und Verwalten von Vermögenswerten sehen”¹⁹. Sie beinhalten keine “gesellschaftliche Aufgabe, die ein zielgerichtetes Zusammenwirken der Beteiligten verlangen würde. Sinn, Ziel und Schranken sind ihnen von jenen Rechtsverhältnissen gesetzt, in die sie eingebettet sind”²⁰. Im wesentlichen handelt es sich dabei um mehr oder weniger statische Verhältnisse. Entsprechende Gemeinschaften sind keine Gesellschaften²¹.

Fraglich ist nun, ob auch die Stiftungsverwaltungsgemeinschaft²² zu diesen Gebilden zu zählen ist. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass Sinn, Ziel und

17 Für die Entstehung einer Gesellschaft sind nach herrschender Lehre (die *übereinstimmenden* Willen von) mindestens zwei Personen erforderlich (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 4 f.; HEINI 535).

18 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 43.

19 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 11.

20 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 68.

21 Das ist z.B. bei der Stockwerkeigentümergeinschaft der Fall. Trotz Mehrheitsentscheids (Art. 712m Abs. 2 ZGB) handelt es sich dabei nicht um eine Gesellschaft. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 67; RIEMER, Anwendung 258; MEIER-HAYOZ, Strukturen 331 Anm. 35.

Weitere Beispiele sind die vertraglichen Güterstände, die Gemeinderschaft der Verwandten, die fortgesetzte Erbengemeinschaft und die gewöhnliche vertragliche Bruchteilsgemeinschaft. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 61 ff., welche betreffend die Bruchteilsgemeinschaft darauf hinweisen, “dass der Übergang vom blossen Miteigentumsverhältnis zum Gesellschaftsverhältnis ... allerdings fließend” (a.a.O. N 66) sei. “Massgebend für die Beurteilung solcher Verhältnisse ist die Feststellung, ob die Beteiligten das gemeinschaftliche Eigentum zur Erreichung bestimmter *weiterer* Zwecke einsetzen wollen” (von STEIGER W. 332 f.; Hervorhebung von mir).

22 Darunter ist eine aus mindestens zwei Personen bestehende ein- oder mehrgliedrige Organisation zu verstehen.

Schranken des Tätigwerdens der an der Stiftungsverwaltung Beteiligten durch den Willen des Stifters gesetzt werden. Nicht der durch eigene Interessen (der Beteiligten) bestimmte gemeinsame Zweck ist Kern des Zusammenschlusses²³, sondern der durch den Stifter gesetzte Wille, welcher durch die Beteiligten ausgeführt wird. Dabei hat man sich die Stiftung als statisches Gebilde vorzustellen, welches durch die Mitglieder der Stiftungsorganisation verwaltet wird. Das ist jedoch reine Ausführung eines vorgegebenen Auftrages und nicht ein zielgerichtetes Tätigwerden im Sinne freier Entfaltung. Damit fehlen die Voraussetzungen der *affectio societatis*. Eine gesellschaftliche Bindung der Beteiligten besteht nicht²⁴.

Diese dem herkömmlichen Zweckverwirklichungsdenken verhaftete Betrachtungsweise bedarf jedoch im Hinblick auf die im Personalvorsorge- und Unternehmenswesen erfolgte Funktionalisierung und Dynamisierung der Stiftung einer grundlegenden Überprüfung. Denn aus der Funktionalität eines Rechtsinstituts folgt dessen Instrumentalität²⁵. Die (funktionalisierte) Stiftung ist nicht mehr nur Instrument des Stifters bzw. Stifterwillens, sondern dient auch den (übrigen) Beteiligten zur Verfolgung gemeinsamer Ziele²⁶. Sie ist in diesem Zusammenhang nicht nur statisches Objekt, welches verwaltet wird, sondern Mittel zur Verfolgung eigener Interessen der Beteiligten²⁷. Dass sich die gemeinsamen Interessen der Beteiligten im übrigen in einem *aktiven* Hinwirken auf ein bestimmtes Ziel ausdrücken, ist bei den Personalfürsorgestiftungen unschwer zu erkennen²⁸. Die vorsorgebeteiligten Arbeitnehmer wie auch die Stifter(firmen) tragen durch gemeinsame Vermögens- und Mitverwaltungsleistungen zur Zweckverwirklichung bei. Das ist nicht nur reines Verwalten und Nutzen, sondern zielgerichtetes gemeinsames Tätigwerden, was nichts anderes als das entscheidende Merkmal der *affectio societatis* ist.

Wesentlich für die Charakterisierung der Stiftungsverwaltungsgesellschaft ist sodann das Verhältnis der Interessen der Beteiligten zum Zweck der Stiftung. Als Beispiel möge wiederum die Personalfürsorgestiftung dienen. Deren Zweck ist die Vorsorge für die Beteiligten und andere Begünstigte. Sie richtet diesen in bestimmten Wechselfällen des Lebens vermögenswerte Leistungen aus²⁹. In dieser Leistungsfunktion ist die Personalfürsorgestiftung selbständig. Diese Selbständigkeit drückt

23 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 1 N 37.

24 Die Leistungen der Organträger erfolgen in Erfüllung eines (Organbestellungs-)Vertrages als komplexes Leistungssystem.

25 SCHLUEP, Wirtschaftsrecht 83 f.; BAUDENBACHER 134 f. Unter dieser Betrachtungsweise gestaltet das Recht "nicht primär persönlichkeitsbezogene Rechtsräume, sondern Institute" (SCHLUEP a.a.O. 85) und darüber hinaus ganze Kulturbereiche aus (vgl. SCHLUEP a.a.O. 84). Die Rechtsnorm ist gesellschaftsgestaltendes Instrument.

26 Die "Personalfürsorgestiftung ist ... als ein schönes Beispiel zu werten, wie die Rechtspraxis das geltende Recht, ohne es zu verletzen, in beachtlicher Weise neuen Zwecken dienstbar gemacht hat" (WALSER 84 mit Verweisung).

27 Vgl. vorn Anm. 21 a.F. Auch ein altruistisches Interesse ist in diesem Sinne ein eigenes Interesse (vgl. TREECK 31 f.).

28 Das gilt insofern, als eine aktive Beteiligung der Destinatäre vorhanden ist, was nicht bei allen Personalfürsorgestiftungen der Fall sein muss. Vgl. vorn § 12 II.

29 SUTER 352; RIEMER ST N 298.

sich darin aus, dass sie ihre Leistungen auch zu erbringen hat, wenn die ehemals Beteiligten (Arbeitnehmer) an der Stiftungsverwaltung nicht mehr mitwirken³⁰. Die Stiftung überdauert somit die Verwaltungsgesellschaft. Deren Interessen sind dem Zweck der Stiftung untergeordnet³¹. Die Stiftungsverwaltungsgesellschaft dient (während der Dauer ihres Bestehens) der Stiftung und nicht umgekehrt³².

Die Erkenntnis dieser Zusammenhänge ist bei der Stiftung dadurch erschwert, dass die gesellschaftlichen Strukturen in die anstaltlichen eingebettet sind und von diesen äusserlich überlagert werden. Dieser Umstand hat wohl auch die Stiftungsdogmatik bisher bei der Behandlung körperschaftlicher Ausgestaltungen der Stiftung daran gehindert, die Stiftungsorganisation konsequent gesellschaftsrechtlich zu betrachten³³. Sie hat sich darauf beschränkt, einzelne Ausgestaltungen in ihrer *Körperschaftsähnlichkeit* zu behandeln. Die rein vertragliche Konstruktion der Verhältnisse von Stiftung und einzelnen Organträgern wird den tatsächlichen Gegebenheiten jedoch nicht gerecht. Dadurch erscheint auch die körperschaftlich ausgestaltete Stiftung als starres, rein anstaltliches Gebilde, was sie jedoch unter den gewandelten Verhältnissen gerade nicht (mehr) ist. Der gesellschaftsrechtliche (wirtschaftsrechtliche) Ansatz hingegen vermag den Blick auf das Zusammenwirken der einzelnen körperschaftlichen Elemente freizumachen und lässt deren Funktionen in ihrem Verhältnis zum Ganzen erfassen. Das ist aber die Voraussetzung, um in der Rechtsanwendung zu einem befriedigenden Ergebnis zu kommen³⁴.

30 Z.B. nach Auflösung der Unternehmung oder allgemein nach dem Ausscheiden der Arbeitnehmer aus dem Arbeitsprozess.

31 Im übrigen können die Ziele der Grundgesellschaft und der Zweck der Stiftung übereinstimmen.

32 Das ist entscheidend für die Abgrenzung gegenüber der Doppelorganisation. Vgl. hinten § 23 II 2.

33 Obwohl die Lehre darauf stets (analog) Vereins- oder Genossenschaftsrecht angewendet haben wollte (RIEMER N 32 f. zu Art. 83 ZGB und dort zitierte Literatur; PAVEL, Schweiz 66; SUTER 376, 385; SCHUBIGER 35; WALSER 71).

Eine Ausnahme bildet EBERLE 89 ff., welcher in Ansätzen die hier vertretene Auffassung (i.V. mit "Stiftungsvereinen") vorzeichnet; vgl. auch EGGER N 8 zu Art. 83 ZGB; WALSER 67, 69 f., welcher jedoch die gesellschaftsrechtliche Betrachtungsweise grundsätzlich ablehnt (a.a.O. 67 ff.). Der Grund liegt wohl in der Fixierung auf den "Stiftungsverein". "Es ist in der Regel denn auch durchaus nicht die Absicht der Beteiligten, ein neues *Rechtssubjekt* zu gründen und über dieses gewisse Rechte auszuüben. Vielmehr sollen die Destinatäre gerade im Rahmen der Stiftung selbst tätig werden, um hier ganz direkt in einem gewissen Grade mitzureden ... Damit fehlt es aber schon an dem für die Vereinsbildung konstitutiven Element ... Es ist daher vielmehr anzunehmen, dass mit der Gestaltung der Mitwirkungsbefugnisse Neuland im Bereiche des Stiftungsrechts besritten wird" (WALSER 67 f.; Hervorhebung von mir). Dieses "Neuland" heisst Gesellschaftsrecht, wozu sowohl Verein als auch *einfache Gesellschaft* gehören.

34 "Es wird dann also eine Gesellschaft doch jedesmal dann anzunehmen sein, wenn die Anwendung von Gesellschaftsrecht zum befriedigendsten Resultat führt" (SIEGWART N 49 zu Art. 530 OR).

V. Das Postulat der typgerechten Ausgestaltung³⁵

Gerade weil das Stiftungsrecht keine starke Formfixierung kennt, ist die Frage nach dem Typus als Schranke der Gestaltungsfreiheit noch einmal aufzuwerfen. Es ist aber auch in diesem Zusammenhang daran festzuhalten, dass der Typus zur Abgrenzung von erlaubter und unerlaubter Typabweichung aufgrund des begrifflichen Widerspruchs nicht taugt³⁶. Der Typus kann naturbedingt als Mittel zur Festlegung von Schranken nicht dienen. Klare Trennung ist Aufgabe begrifflichen Denkens.

³⁵ So bezeichnet durch FORSTMOSER, Diss. 71.

³⁶ Vgl. vorn § 20 III.

§ 22 Die Grenzen atypischer Ausgestaltung im Stiftungsrecht

I. Wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche (ideale) Stiftungszwecke

1. Der formelle Zweckbegriff

Der Begriff des Zwecks wird in drei verschiedenen Bedeutungen verwendet¹. „Als *Endzweck* wird die Zielsetzung einer Gesellschaft im weitesten Sinne, ohne Bezugnahme auf ihre konkrete Tätigkeit bezeichnet“². *Eigentlicher Zweck* (Ziel) einer Gesellschaft oder Stiftung ist „die generell und weit gefasste Bestimmung dieser Tätigkeit, die auch einer in entfernterer Zukunft liegenden Möglichkeit der Entwicklung Rechnung trägt. *Gegenstand* dagegen ist die der Sache und dem Raum nach stärker konkretisierte Bestimmung dieser Tätigkeit, so wie sie sich für die Gegenwart und die nächste Zukunft darstellt“³. Er umschreibt die Summe der zur Zweckerreichung zu erfüllenden Aufgaben, den konkreten Leistungsauftrag^{4,5}. Gegenstand und Ziel allein lassen die wirkliche Natur einer Stiftung nicht immer zutage treten. Zu deren Bestimmung ist der Endzweck oft von Bedeutung⁶.

Vom derart umschriebenen Zweck ist sodann das Mittel (z.B. eine Unternehmung), womit der Auftrag erfüllt wird, zu unterscheiden⁷.

Der Zweck beinhaltet die typischen Interessen der daran Beteiligten. Davon sind schliesslich die (allenfalls abweichenden) Einzelinteressen sowie die Motive zu sondern⁸.

Vom formellen Zweckbegriff ist der materielle zu unterscheiden, welcher nicht (allein) auf die in den Statuten umschriebenen Zwecke und auch nicht nur auf die tatsächlich verfolgten Ziele abstellt, sondern deren Funktionen im gesellschaftlichen Umfeld als Ansatz nimmt⁹.

1 Vgl. die Darstellung von Literatur und Praxis bei KLAUS 106 ff.; über die (rechtliche und wirtschaftliche) Notwendigkeit der Zwecksetzung vgl. MURET 25 ff.

2 FORSTMOSER N 95 zu Art. 832/33 OR.

3 SIEGWART N 34 zu Art. 626 OR und im Anschluss daran FORSTMOSER N 95 zu Art. 832/33 OR; vgl. KLAUS 125 ff.

4 Der Gegenstand umschreibt den Geschäftsbereich (SIEGWART N 37 zu Art. 626 OR; von GRAFFENRIED 41) oder das Sachgebiet (HEINI 523). Abweichend von STEIGER, Aktiengesellschaft 48.

5 Vgl. RIEMER N 36 zu Art. 80 ZGB, welcher unter Zweck i.S. von Art. 80 ZGB *Aufgabe* und Ziel (Ergebnis) der Stiftungstätigkeit versteht.

6 Vgl. HEINI 524 und das dortige (Vereins-)Beispiel einer Konzertgesellschaft, welche einfach die Pflege der Musik bezwecken oder auch Konzerte mit Erwerbsabsicht (Endzweck) veranstalten kann, wozu das Tätigwerden auf dem Gebiet des professionellen Musikwesens (eigentlicher Zweck) mittels einer Agentur (Mittel) erforderlich ist.

7 Das folgt deutlich aus dem Zusammenhang des Gesetzes (Art. 59 Abs. 2, 60 Abs. 1 und 61 Abs. 2 ZGB; vgl. MEIER-HAYOZ, Gesellschaftszweck 2, 4; BGE 88 II 225 f.). Mittel ist hier im technischen Sinn zu verstehen als ein Tun und nicht als ein Sollen (Gegenstand).

8 von GRAFFENRIED 18; von STEIGER W. 268 f.; SPECKER 44; WIGET 4.

9 Auszugehen ist zwar von der (formellen) Zweckumschreibung in den Statuten (RIEMER, Vereine 89), massgebend sind jedoch die tatsächlich verfolgten Ziele (von GRAFFENRIED 23; MENGARDI 192; abweichend BGE 90 II 337).

In Gesetz, Doktrin und Praxis ist die Verwendung des Zweckbegriffs wenig einheitlich¹⁰. Während sich das Gesetz bei den Personengesellschaften nicht weiter über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages äussert, jedoch stets von Gesellschaftszweck spricht, schreibt es für Verein, Stiftung und Genossenschaft ausdrücklich die Angabe des Zwecks vor. Bei der AG müssen die Statuten Angaben über Zweck und Gegenstand, bei der GmbH nur über den Gegenstand enthalten. Die Praxis hat sich über diese Unterscheidungen hinweggesetzt¹¹.

Eine Handelsgesellschaft (des Obligationenrechts) betreibt in aller Regel ein Gewerbe. Alle Gesellschaftsfunktionen sind auf diesen Umstand ausgerichtet, was sich sowohl im Entfaltungsziel (eigentlicher Zweck) der Unternehmung als auch im konkreten Leistungsauftrag (Gegenstand) ausdrücken muss. Dieser Umstand hat wohl zur Verwirrung um die Unterscheidung von Zweck und Mittel geführt. Dabei fallen jedoch Zweck und Mittel keineswegs zusammen. Allein aufgrund der organischen Verbindung von Rechtsträger und Unternehmung decken sich die Gesellschafts- und Unternehmensfunktionen weitgehend. Das Mittel erscheint als Sollen (Leistungsauftrag) im Gegenstand der Zweckumschreibung¹².

Bei den Verbandspersonen des ZGB ist dies im allgemeinen nicht der Fall. Da Verein und Stiftung in der Regel kein Unternehmen betreiben, drücken sich in der Zweckumschreibung reine Verbandsfunktionen aus. Damit ist jedoch noch keine Unterscheidung in wirtschaftlich oder nicht wirtschaftlich möglich, da auch (wie z.B. bei den Berufsverbänden oder Kartellen) reine Verbandsfunktionen wirtschaftlichen Zielen dienstbar gemacht werden können. Ausserdem kann sich eine entsprechende Verbandsperson (später) einer Unternehmung als Mittel bedienen, ohne dadurch eine Änderung an den in der Zweckumschreibung niedergelegten Verbandsfunktionen herbeizuführen, während diese jedoch faktisch eine Erweiterung oder Änderung erfahren.

Eigentlicher Zweck und Gegenstand taugen somit nicht zur (eindeutigen) Unterscheidung von wirtschaftlich und ideal. Es ist daher naheliegend, den Endzweck als Kriterium ins Auge zu fassen. Darin drücken sich die Interessen der an einer Verbandsperson Beteiligten aus. Handelt es sich dabei um in irgendeiner Form geldwerte Interessen (Gewinn, Dividende, Wettbewerbsvorteil u.a.m.), ist von einem wirtschaftlichen Interesse auszugehen. Dieses ist aber nach herrschender Lehre ideal, wenn die Leistungen nicht den Beteiligten, sondern Dritten zukommen¹³.

10 FORSTMOSER N 95 zu Art. 832/33 OR.

11 von STEIGER F., Aktiengesellschaft 48; BRUNNER 11.

12 Vgl. vorn Anm. 7.

13 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 6; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 12 N 20; HEINI 523; SPECKER 47 f.; von GRAFFENRIED 73 ff.

2. *Keine formellen Abgrenzungskriterien zur Bestimmung des Stiftungszwecks*

Wirtschaftliche Zweckverfolgung liegt somit nicht schon dann vor, wenn ökonomische Vorteile (geldwerte Nutzen) erstrebt werden¹⁴. Wesentlich ist für die Bestimmung der Natur des Zweckes, wie die Mittel verwendet werden. Das im Gesellschafts- und Vereinsrecht massgebende Kriterium, wem der geldwerte Nutzen zukommt, ist bei den Stiftungen aber nicht brauchbar¹⁵, da die Stiftung keine Mitglieder hat. Alle Leistungsempfänger sind somit Dritte. Es muss demnach ein anderes Kriterium gefunden werden, welches erlaubt, wirtschaftliche von idealen (nicht wirtschaftlichen) Zwecken zu unterscheiden.

In der Art und Weise der Leistungserbringung kann der Ansatz nicht liegen, da Zweck und Mittel scharf auseinanderzuhalten sind. Der Betrieb eines Gewerbes taugt daher als Kriterium nicht. Im übrigen ist es unerheblich, ob die Leistung in natura oder in Geldform erbracht wird. Ebenso wenig kann aus der Zahl der Empfänger geschlossen werden. Geldwerte Vorteile können einer Mehrzahl von Personen zugewendet werden oder auch nur ein paar wenigen¹⁶. Auch die Voraussetzungslosigkeit des Leistungsempfangs kann als Kriterium nicht dienen. Denn setzt man die Voraussetzung von Alter, Krankheit, Bedürftigkeit, Armut und was sonst noch alles in Frage kommt, als Kriterium fest, wird der Zweck durch sein eigenes Ziel definiert, was einem Zirkelschluss gleichkommt¹⁷. Derartige Ansatzpunkte können in typologischer Hinsicht zur Einteilung der Zwecke Hilfe bieten, eine klare Abgrenzung erlauben sie nicht^{18,19}.

Ist somit das Kriterium weder in der Art der Leistungserbringung, in der Zahl der Begünstigten noch in deren Eigenschaften oder sonstwie in der Zweckumschreibung zu finden, muss in einem weiteren Umfeld der Stiftungsfunktionen gesucht werden. Bei allen menschlichen, wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Betätigungen spielen Interessen eine grosse Rolle²⁰. Das ist auch bei den Stiftungen der Fall. Es

14 Einen zweifellos idealen Zweck verfolgen jene Stiftungen, welche ihren Destinatären überhaupt keine geldwerten Vorteile zukommen lassen (RIEMER ST N 392; SPECKER 58 f.).

15 RIEMER ST N 392.

16 Es ist m.E. unrichtig, dass das Benutzungsrecht nur bei einem kleinen Kreis einen wirtschaftlichen Wert darstelle (vgl. RIEMER ST N 392 mit Verweisung auf BGE 93 II 451, 452 f.).

17 Es würde eine unzulässige Verengung des Zweckbegriffs darstellen, wenn man als nicht wirtschaftliche nur Zwecke der Barmherzigkeit oder Wohltätigkeit zulassen wollte.

18 Ebenso MENGIARDI 190: "Mit einer klassifikatorischen Betrachtungsweise trägt man in dieser Beziehung der sozialen Wirklichkeit nicht genügend Rechnung. Das soziale Leben kann in seiner Vielfalt nur mit Hilfe ... der typologischen Betrachtungsweise voll erfasst werden."

19 Je nach Kombination der Kriterien erhalten sie eine andere Bedeutung (vgl. RIEMER ST N 392 ff.).

20 Vgl. KLAUS 54 f.

ist daher naheliegend, die Bestimmung der Zwecknatur mittels der daran beteiligten Interessen zu versuchen^{21,22}.

3. *Öffentliche und private Interessen als Kriterien zur Zweckbestimmung: der materielle Zweckbegriff*

Direkt beteiligt an der Stiftung sind zwei Kategorien von Personen, Stifter und Destinatäre²³. Das Interesse des Stifters findet aber nur insofern Beachtung, als es sich in der Zweckumschreibung ausdrückt und durch die Umschreibung des Destinatärkreises auch ausdrücken muss. Insofern handelt es sich bei der Bestimmung der Zwecknatur um die Auslegung des Stifterwillens²⁴. Charakteristisch für die Stiftung ist das Interesse des Destinatärs als Adressat der Zweckverwirklichung.

Art. 60 Abs. 1 ZGB nennt als ideale Zwecke (für den Verein) politische, religiöse, wissenschaftliche, künstlerische, wohltätige und gesellige Aufgaben²⁵. Derartige Zwecke werden als im Interesse der Öffentlichkeit stehend bezeichnet²⁶, was auch tatsächlich der Fall ist. Die Bekämpfung von Armut und Bedürftigkeit, die Linderung der Folgen von Krankheit oder die Integration Invalider u.a.m. sind in der heutigen Gesellschaft mangels familiärer Integrationsmechanismen öffentliche Aufgaben²⁷. Dass auch religiöse und gesellige Zwecke sowie Forschung, funktional betrachtet, gesellschaftlich grosse Bedeutung haben, steht ausser Zweifel. Dasselbe gilt für (wirtschafts-)politische Aufgaben. Aber auch die Erhaltung eines einzelnen Unternehmens (und damit von Arbeitsplätzen) kann im öffentlichen Interesse liegen²⁸.

Fraglich ist somit, ob in der Polarität zwischen individuellen (privaten) Destinatärinteressen und den Interessen der Gesellschaft das Unterscheidungskriterium

21 "Zweckforschung verlangt nämlich nach auch heute noch gültiger Methodenlehre vorgängig Interessenabwägung" (SCHLUEP, Beziehungen 47).

22 Auch RIEMER ST N 392 argumentiert aus der Interessenlage, wenn er ausführt, dass auch bei voraussetzungsloser Leistung kein wirtschaftlicher Zweck vorliege, wenn nur der Destinatärkreis weit gefasst sei. Ausdrücklich sodann bezüglich der Unternehmensstiftung, welche "eine soziale Funktion erfüllt bzw. im öffentlichen Interesse liegt" (a.a.O. N 395 a.E.; Hervorhebung von mir). Ebenso HEINI 529 betreffend die gemischte Zwecksetzung beim Verein. Vgl. auch SIEGWART, Freiheit 188.

23 Wobei auch der Stifter selber Begünstigter sein kann (RIEMER ST N 109/392).

24 Die relevanten Interessen des Stifters erschöpfen sich in der Zweckumschreibung. Eine Fürsorgestiftung, welche vom Stifter aus steuerlichen Gründen errichtet worden ist, verfolgt deshalb keineswegs wirtschaftliche Zwecke.

25 Vgl. die umfassendere Einteilung der Vereinszwecke nach Gierke bei KLAUS 36 ff.

26 Vgl. von GRAFFENRIED 88; SPECKER 52; HAEFELIN 43; vgl. auch SCHILLER 189, 208 ff.; TUOR/SCHNYDER 125.

27 SPECKER 52 f.

28 RIEMER ST N 395; SPECKER 53; BGE 75 II 81 ff. Auch Stiftungen zugunsten einzelner, namentlich genannter (natürlicher) Personen sind zulässig (RIEMER N 47 zu Art. 80 ZGB mit Verweisung auf die Praxis; SPECKER 51).

gefunden werden kann. Individuelle Interessen sind (auf seiten des Leistungsempfängers) in jedem Fall gegeben. Dabei ist es unerheblich, ob die Zahl der Begünstigten gross oder klein ist. Jeder einzelne Destinatär vertritt ein spezifisch individuelles Interesse am Empfang der Leistung, welches im Fall des Strebens nach geldwerthem Nutzen als wirtschaftlich zu qualifizieren ist²⁹. Darin nach unterscheidenden Charakteristika zu suchen, ist wenig sinnvoll, und die Anknüpfung an irgendwelche Leistungsvoraussetzungen, welche sich im übrigen auch in Form von (wirtschaftlichen) Interessen äussern, stösst an die obengenannten Schranken³⁰. Die Frage kann daher nicht dahin gehen, ob individuelle (private) oder öffentliche Interessen vorhanden sind, sondern ob eine bestimmte individuelle Funktion im öffentlichen Interesse liege. Ausschlaggebendes Kriterium zur Bestimmung der Zwecknatur ist somit das öffentliche Interesse³¹.

Ist eine Stiftungstätigkeit durch keinerlei öffentliche Interessen gedeckt, liegt eine rein wirtschaftliche Zwecksetzung vor³². Schwieriger ist die Qualifikation, wenn die Wertungen nicht klar vorliegen. Fraglich ist, welcher Art das öffentliche Interesse an einer (wirtschaftlichen) Leistung sein muss, damit diese als ideal zu gelten hat. Im Vereinsrecht³³ wird für den Fall gemischter Zwecksetzung davon ausgegangen, dass das öffentliche Interesse die privaten Interessen überwiegen müsse, damit der Zweck noch als ideal gelten kann^{34,35}. Dieser Grundsatz kann infolge der Wertungskongruenz zwischen vereins- und stiftungsrechtlicher Zweckvorschrift auch auf die Stiftung angewendet werden. Demzufolge ist ein Stiftungszweck als ideal zu qualifizieren, wenn daran ein *überwiegendes* öffentliches Interesse besteht, d.h. wenn die (allenfalls wirtschaftliche) Tätigkeit der Stiftung im öffentlichen Interesse liegt, und dieses die beteiligten privaten (individuellen) Interessen überwiegt^{36,37,38}.

29 Das Streben nach immateriellen Werten gilt als ideal. Vgl. vorn Anm. 10.

30 Vgl. bei und in Anm. 14.

31 Dabei handelt es sich nicht um beliebige öffentliche Interessen, sondern um "Wertvorstellungen objektiver, d.h. von der Kultur- und Rechtsgemeinschaft bestätigter Art" (STRICKRODT, Stiftungsrecht 210). Vgl. zum massgebenden öffentlichen Interesse SPECKER 52; HUBMANN passim; vgl. auch HUBER Beat, Der Begriff des Interesses in den Sozialwissenschaften, Diss. Zürich 1958.

32 Welche stiftungsrechtlich unerlaubt ist. Das ist kraft Gesetzes bei den Familienfideikommissen und Unterhaltstiftungen der Fall (Art. 335 Abs. 2 ZGB). Vgl. nachfolgend Ziff. 4.

33 Vor allem hinsichtlich der Berufs- und Wirtschaftsverbände. HEINI 527; MEILE Adr. 48, 59 f.; NAEGELI II 292 ff.; EGGER N 7 zu Art. 60 ZGB; von GRAFFENRIED 112 ff.; SPECKER 75; MEIER-HAYOZ, Gesellschaftszweck 5; abweichend PESTALOZZI 74 f.

34 Die Fragestellung ist jene von Haupt- und Nebenzweck. Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 29; HEINI 527 ff.; BÄR, Aktuelle Fragen 534; MENGARDI 194; von GRAFFENRIED 135 ff.; SPECKER 53, 77 ff. und die dort zitierte Praxis.

35 Betreffend die Methode zur Feststellung der Interessen kann auf die im Kartellrecht angewandte "Saldotheorie" verwiesen werden. Vgl. dazu WEHRLI F. passim. Zur Methode der Interessenabwägung vgl. MANDEL 157 ff.; HUBMANN passim.

36 Vgl. RIEMER ST N 395 betreffend die im öffentlichen Interesse stehende Unternehmensstiftung.

37 Zwischen Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 Abs. 2 ZGB, also zwischen Zweck und Mittel, besteht insofern ein Zusammenhang, als das Gewerbe nur *für* den idealen Zweck betrieben werden

4. Das Verbot wirtschaftlicher Zwecksetzung im Stiftungsrecht

a) Die neuere Lehre

In der Lehre wird die Meinung vertreten, wirtschaftliche Zwecke seien für die Stiftung ausgeschlossen³⁹. Zur Begründung wird angeführt, bei der Schaffung des ZGB sei der nicht wirtschaftliche Zweck als selbstverständliches Begriffselement der

darf, d.h. diesem zu dienen hat. Die Unternehmung darf daher keine (das öffentliche Interesse überwiegende) selbständige Bedeutung haben (SPECKLER 62 ff.; a.M. PESTALOZZI 82 ff.). Davon ist der Fall der Parallelgesellschaft zu unterscheiden (vgl. SPECKLER 82 ff.; von GRAFFENRIED 147 ff.; hinten § 23 Anm. 3).

- 38 Nur das starre Festhalten am (missverstandenen) formellen Zweckbegriff und die undifferenzierte Verwendung von dessen Elementen haben in Doktrin und Praxis trotz materieller Interessenerwägungen zu den bekannten Verwirrungen und der Verwischung der Unterschiede zwischen Zweck und Mittel geführt. Beinahe klassisch ist das Beispiel der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Vereinszweck (BGE 88 II 209 ff., 90 II 333 ff.; zur früheren Rechtsprechung vgl. PELLET 192 ff.).

Diese Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung zutreffend, wo sie zur Begründung anführt, dass Wirtschaftsverbände ihrer wirtschaftlichen Zielsetzung so lange in Vereinsform nachkommen dürfen, als neben der wirtschaftlichen Besserstellung der Mitglieder auch allgemeine wirtschaftliche Interessen einer Berufs- oder Wirtschaftsgruppe verfolgt werden (BGE 48 II 153 ff.; MEIER-HAYOZ FORSTMOSER § 4 N 28; HEINI 527). Voraussetzung ist allerdings bei derart gemischter Zwecksetzung, dass die wirtschaftliche Zielsetzung nicht überwiegt (MEIER-HAYOZ FORSTMOSER § 4 N 29; HEINI 529). Unzutreffend ist jedoch die Heranziehung des Mittels (Gewerbe) als Kriterium zur Abgrenzung von wirtschaftlichen und nicht wirtschaftlichen Zwecken (ebenso der singulare BGf 88 II 221 ff. mit eingehender Auseinandersetzung mit den Materialien). Dieses Kriterium hat nur insofern Bedeutung, als der Betrieb eines Unternehmens die wirtschaftlichen Interessen verstärkt und dadurch dem wirtschaftlichen Zweck (über die öffentlichen Interessen) überwiegende Bedeutung geben kann (vgl. vorn Anm. 37).

Die Zulassung von Kartellvereinen rechtfertigt sich nach der hier vertretenen Auffassung um so mehr, als öffentliche und private Interessen nach derselben Methode abzuwägen sind, wie dies in Anwendung des Kartellrechts geschieht. Werden somit durch ein Kartell keine überwiegend öffentlichen Interessen verfolgt (Art. 5 KG), ist dieses bereits aufgrund von Art. 4 KG unzulässig. Nicht der Zusammenschluss von wirtschaftlichen Interessen in Vereinsform ist zu verbieten, solange überwiegende öffentliche Interessen dies gebieten, sondern nur dessen Missbrauch zu Kartellzwecken. Solange ein Kartell also vor dem Kartellgesetz Bestand hat, muss es auch seine Ziele in Vereinsform verfolgen können.

In neuerer Zeit hat NOBEL 433 ff. unter eingehender Auseinandersetzung mit den Materialien das Problem wieder aufgegriffen. Er kommt zum hier abgeleiteten Ergebnis, "dass es wohl zulässig ist zu sagen, dass mit Art. 61 II ZGB ein Freiraum für die wirtschaftlichen, aber kein kaufmännischen Unternehmen führenden Vereine geschaffen wurde" (a.a.O. 434 f.). Richtig ist, "dass der die Benutzung der handelsrechtlichen Figuren im wesentlichen kennzeichnende Faktor eben die Führung des nach kaufmännischer Art betriebenen Gewerbes (Unternehmens) darstellt" (a.a.O. 435; vgl. dazu vorn I 1) und "dass (auch) der wirtschaftliche Zweck von Art. 59 II ZGB als 'Führung eines kaufmännischen Gewerbes' zu interpretieren ist" (a.a.O. 434), soweit man das Zweckelement des Gegenstandes im Auge hat. Dabei ist jedoch der Unterschied zwischen typisch unternehmerisch tätigen Gesellschaften des Handelsrechts und jenen Rechtsfiguren des ZGB, welche in der Regel kein kaufmännisches Gewerbe betreiben, nicht zu verkennen. Der Gesetzgeber hat offenbar (trotz widersprüchlicher Voten in den Beratungen) erkannt, dass auch bei rein idealem (nicht wirtschaftlichem) Leistungsauftrag die Mittelbeschaffung durch ein Gewerbe erfolgen kann. Aus den verschiedenen Voten in den Beratungen, welche stets auf die Erlangung der Rechts-

Stiftung angesehen worden⁴⁰. Ferner gehe dies auch daraus hervor, dass die Stiftung keine Geschäftsfirma, sondern (wie der Verein) nur einen Namen habe⁴¹, nach Art. 84 Abs. 1 ZGB dem Gemeinwesen zugerechnet werde⁴², und dieses nach Art. 84 Abs. 2 ZGB eine Sorgspflicht gegenüber der Stiftung habe⁴³, was jedoch nur bei idealer Zwecksetzung denkbar sei. Schliesslich fänden “die Perpetuierung des Willens einer einzelnen (natürlichen oder juristischen) Privatperson mit Hilfe des Rechtsinstituts der Stiftung und die stiftungsmässige Gebundenheit des betreffenden Vermögens ihre ganze innere Berechtigung und Begründung allein im idealen Zweck der Stiftung”⁴⁴. Ein wirtschaftlicher Zweck rechtfertige eine so weitgehende Willensmacht nicht.

Dazu ist wenig beizufügen. Auch die (systematische) Nähe zum Vereinsrecht, wo wirtschaftliche Zwecke ausdrücklich ausgeschlossen sind⁴⁵, legt eine derartige Annahme nahe. Nach dem zur Zweckbestimmung Ausgeführten kann dieses Verbot jedoch nur für ausschliessliche, durch keine öffentlichen Interessen gerechtfertigte wirtschaftliche Zwecksetzung Geltung haben.

b) Die Immobilisierung von Vermögen

Mit der Zulassung der Stiftung auf (grundsätzlich ewige) Dauer⁴⁶ hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er die Immobilisierung von Vermögen nicht grundsätzlich ausschliessen wollte⁴⁷. Er hat dies nur unter bestimmten Voraussetzungen

persönlichkeit Bezug nehmen, geht entgegen NOBEL 434 Anm. 2 a.E. deutlich hervor, dass nur die zivilrechtliche *Einordnung* dieses handelsrechtlichen Elementes Schwierigkeiten bereite und nicht die grundsätzlich ideale Zwecknatur des Vereins (vgl. StenBull NR 15 (1905) 480 ff., StR 928, 941 ff., insbesondere 942; vgl. auch BGE 88 II 221 ff.; PELLET 21 ff.). Es ist daher grundsätzlich daran festzuhalten, dass Mittel und Zweck, soweit sich jenes nicht zwingend durch die Ausgestaltung der Verbandsfunktionen (vgl. vorn I 1) im Leistungsauftrag (Gegenstand) ausdrückt, auseinanderzuhalten sind.

39 RIEMER ST N 403, welcher die gesetzliche Verankerung dieses Verbots fordert; BAR, Aktuelle Fragen 533 stellt die Zulässigkeit wirtschaftlicher Zwecke in Frage. A.M. GNOS passim; MENGIARDI 219.

Auch die deutsche Doktrin schliesst grundsätzlich Stiftungen mit rein wirtschaftlicher Zwecksetzung aus. Vgl. dazu MENGIARDI 207 ff.; GNOS 18; STENCK 67 ff.; STRICK-RODT 166, 210, 226–322 passim; VINKEN 112 ff., 131 ff., 163 ff.; WIEDERHOLD 30 f., 120 f. Darüber bestehen jedoch Meinungsverschiedenheiten (EBERSBACH 163; vgl. auch KUNZE 175 ff.; SCHILLER 46 ff.).

40 RIEMER ST N 404.

41 RIEMER ST N 405.

42 RIEMER ST N 406 f.

43 RIEMER ST N 408.

44 RIEMER ST N 409.

45 Art. 60 Abs. 1 ZGB i.V. mit Art. 59 Abs. 2 ZGB. Vgl. HEINI 523 ff.

46 StenBull NR 15 (1905) 488 (“ewige Anstalt”); WIRZ 201; KAUFMANN 37 f.; ZINGG 18.

47 Der Gesetzgeber hätte deren Lebensdauer ohne weiteres beschränken können, wie er es bei anderen Rechtsinstituten auch getan hat (vgl. Art. 749 Abs. 2 und 779 lit. e Abs. 1 ZGB).

getan, vor allem, um verpönte Folgen zu beseitigen⁴⁸. Für das Stiftungsrecht hat der Gesetzgeber dieses Verbot ausdrücklich in der Beschränkung der Familienstiftung statuiert⁴⁹. Daraus auf ein Verbot wirtschaftlicher Zwecke im Stiftungsrecht schlechthin zu schliessen, wäre voreilig, zumal die Abgrenzung zwischen Familien- und gewöhnlichen Stiftungen objektiv-zwingend ist⁵⁰. Aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn der Beschränkung ist jedoch ersichtlich, dass der Gesetzgeber nicht nur die Bindung des Vermögens an die Familie des Stifters⁵¹, sondern die Verwendung der Stiftung im Sinne (der obengenannten) privaten Interessen überhaupt ausschliessen wollte⁵². Was er somit bei der Familienstiftung verboten hat, kann daher nicht auf dem Weg der gewöhnlichen Stiftung für einen anders umschriebenen Personenkreis erlaubt sein.

c) *Gemischte Zwecksetzung*

Bei formell gemischter Zwecksetzung stellt sich das Problem nicht anders als bei der bereits erörterten materiellen Zweckmischung. Lehre und Rechtsprechung haben sich bisher "mit einem Kompromiss zufrieden(geben müssen), welcher einerseits dem geltenden Recht keinen Zwang antut, andererseits aber auch nicht die berechtigten Bedürfnisse der Mehrzweckverbände vergewaltigt"⁵³. Danach sind wirtschaftliche (Neben-)Zwecke erlaubt, solange sie einem idealen Hauptzweck nachgeordnet sind^{54,55}. Der Rang der verschiedenen Zwecke wird (sinngemäss) anhand der oben erläuterten Interessenerwägungen festgestellt⁵⁶.

48 GNOS 61, 62; a.M. BÄR, Aktuelle Fragen 533; FGGER N 14 zu Art. 335 ZGB; GERHARD 153; vgl. KAUFMANN 8.

Verboten sind die Familienunterhaltstiftungen, die sukzessive Nacherbeneinsetzung, die Neuerrichtung von Familienfideikommissen.

49 Art. 335 Abs. 1 und 2 ZGB. Nach ACKERMANN 23 ff. ist diese Bindung an bestimmte Zwecke notwendig, damit überhaupt (begrifflich) eine Stiftung als Liberalitätsakt zur Entstehung kommt, so dass der Gesetzgeber dadurch "den allgemeinen Rechtssatz betreffend den Stiftungszweck im allgemeinen gar nicht einschränkte, sondern nur verdeutlichte" (a.a.O. 25; vgl. auch KAUFMANN 12 ff.). Denn die Familie des Stifters ist diesem selber zuzurechnen. WIGET 18 ff. begründet die Unzulässigkeit der (personalistischen) Unterhaltstiftung mit dem Numerus clausus. Das ist jedoch unzutreffend.

50 RIEMER ST N 100/152.

51 Zum Begriff der Familie(nstiftung) vgl. RIEMER ST N 110 (108 ff.).

52 Vgl. dazu RIEMER ST N 133 ff.; BGE 75 II 90.

53 HEINI 528 f.; vgl. im übrigen die vorn in Anm. 34 zitierte Literatur.

54 Anders BGf 90 II 337 f.; HEINI 527 bejaht die Verfolgung wirtschaftlicher Nebenzwecke durch Verbände, um sie jedoch sogleich wieder unter dem Aspekt der gemischten Zwecksetzung grundsätzlich zu verneinen (a.a.O. 528). Dieser Widerspruch folgt daraus, dass er die formelle Zweckvermischung dem aus dem Numerus clausus fliessenden Verbot der Formenvermischung unterstellt (a.a.O. 527 ff.; ebenso WIGET 20). Die formelle Zweckvermischung ist jedoch nicht eine Frage der *Ausgestaltung*, sondern der *Verwendung* einer vom Gesetzgeber zur Verfügung gestellten Rechtsform und fällt nicht unter das genannte Verbot (MENGIARDI 194 f.).

55 HEINI 529; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 29; MEIER-HAYOZ, Gesellschafts-

II. Die Lehre von der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten

Begrifflich lässt sich jeder beliebige (ideale) Zweck unter den Tatbestand von Art. 80 ZGB subsumieren, und ebensogrosse Freiheit besteht in der Ausgestaltung der übrigen Elemente der Stiftung⁵⁷. Die Lehre von der zweckwidrigen Verwendung der Rechtsinstitute geht nun aber davon aus⁵⁸, dass jedes Rechtsinstitut auf ein typisches Lebensverhältnis bezogen ist⁵⁹. Abweichende Ausgestaltungen werden dadurch nicht ausgeschlossen, solange sie mit den Intentionen des Gesetzgebers nicht in Widerspruch stehen⁶⁰, was dem Umstand Rechnung trägt, dass der Gesetzgeber nicht alle Lebenssachverhalte einer dynamischen Gesellschaft erfassen kann⁶¹. Zweckwidrig wird die Verwendung eines Rechtsinstitutes dann, wenn sie mit den Wertungen des Gesetzgebers überhaupt nicht mehr in Übereinstimmung gebracht werden kann, wenn sie zu verpönen ist⁶². Erforderlich ist daher, dass sie die qualifizierten Voraussetzungen der Gesetzesumgehung oder des Rechtsmissbrauchs erfüllt⁶³.

zweck 5 nehmen für den Fall des (formell) gemischten Zweckes eine Gesetzeslücke an. Das ist jedoch bei Anwendung des materiellen Zweckbegriffs überflüssig.

56 Wenn der wirtschaftliche mit dem idealen Zweck im gleichen Rang steht, also parallele Hauptzwecke vorliegen, kommt das Verbot wirtschaftlicher Zwecksetzung zum Zuge (HEINI 529; MEILE ADr. 64; PESTALOZZI 63). Die Konstruktion eines Parallelverhältnisses, d.h. einer wirtschaftlichen einfachen Gesellschaft neben dem idealen Verein (SPECKER 82 ff.; von GRAFFENRIED 148 ff.; MEILE ADr. 64 f.), ist abzulehnen. Das ist ein Fall der Doppelgesellschaft mit dem Verein hinsichtlich des wirtschaftlichen Zwecks als Organgesellschaft, welcher jedoch genauso Art. 60 Abs. 1 ZGB untersteht. Die Kombination wäre wohl als Parallelgesellschaft zulässig, was aber voraussetzt, dass die (wirtschaftliche) einfache Gesellschaft (nach aussen) selbständig auftritt. Das ist jedoch in der Regel nicht der Fall.

57 Vgl. vorn § 11 I.

58 Ausführlich dazu KOLLER 139 ff. und im Anschluss daran GNOS 81 ff.

59 KOLLER 139.

60 KOLLER 140; vgl. § 20 III.

61 Vgl. KOLLER 140.

62 KOLLER 140 mit Verweisung.

63 KOLLER 141; zu den Begriffen der Gesetzesumgehung und des Rechtsmissbrauchs vgl. ders. 141 ff.; GNOS 81 ff.; CAFLISCH 160 ff.

§ 23 Die Organstiftung

I. Die Stiftung als Bestandteil einer (juristischen) Doppelorganisation

Auch mittels der Stiftungsform kann ein der Doppelgesellschaft ähnliches Gebilde errichtet werden. Doppelmitgliedschaft ist natürlich ausgeschlossen, und das unterscheidet die "Doppelorganisation (mit Stiftung)", wie diese Konstruktion mangels eines tauglichen Begriffs genannt sein soll¹, von der Doppelgesellschaft². Funktionelle Übereinstimmung wird jedoch durch Personalunion von Grundgesellschaft und Stiftungsorganisation erreicht. Diesem Vorhaben steht, wie wir gesehen haben, keine Norm des Stiftungsrechts entgegen^{3,4}.

1 Die Kombination von Stiftung und Gesellschaft als Doppelgesellschaft zu bezeichnen, wäre ein terminologisches Ünding. *Doppelperson* kommt nicht in Frage, da die einfache Gesellschaft keine juristische Person ist, und der Begriff *Stiftungsgesellschaft* drückt den Sachverhalt nicht zutreffend aus, da nur eine Kombination von Stiftung und Gesellschaft vorliegt und keine Verschmelzung von Anstalt und Gesellschaft erfolgt.

2 Es ist auch bei der Doppelgesellschaft (begrifflich) nicht erforderlich, dass jeder daran Beteiligte die doppelte Mitgliedschaft besitzt (NAEGELI I 7). Das ist jedoch der Normalfall (CAFLISCH 52 Anm. 20; TREECK 21).

Wenn die Grundgesellschaft als solche Inhaberin der angeschlossenen Gesellschaft ist, liegt aber eine Tochtergesellschaft vor, welcher allenfalls vertraglich Organfunktionen übertragen werden können. Man könnte dann von einer *Organgesellschaft im weiteren Sinne* sprechen. Organgesellschaft und Grundgesellschaft sind sich nicht angeschlossen, sondern *eingegliedert* (NAEGELI II 341 mit Verweisung). Das trifft auch auf die Doppelorganisation hinsichtlich Grundgesellschaft und Stiftungsorganisation zu. Tochtergesellschaftsähnliche Verhältnisse sind im übrigen bei der Stiftung nicht möglich, da eine Beteiligung (Mitgliedschaft) ausgeschlossen ist.

Als *Organgesellschaft im engeren Sinne* wird hier nur jene Gesellschaft bezeichnet, bei welcher Identität der beherrschenden Mehrheit der Mitglieder mit Mitgliedern der Grundgesellschaft besteht, und jene zudem Organfunktionen der Grundgesellschaft ausübt, so dass diese im Rechtsverkehr überhaupt nicht in Erscheinung tritt. Nur unter dieser Voraussetzung wird der Unterschied zwischen Organ- und Tochtergesellschaft oder einer beliebigen anderen Gesellschaft, welche Organfunktionen (vertraglich) ausübt, nicht verwischt (a.M. NAEGELI I 8 und II 341 ff.; CAFLISCH 53 Anm. 20; TREECK 22). Der Grad der Abhängigkeit entscheidet aber über die Organqualität. Denn auch bei Identität der Mitglieder liegt keine Organgesellschaft vor, wenn die angeschlossene Gesellschaft von der Grundgesellschaft völlig unabhängig tätig wird. Man spricht dann von einer Parallelgesellschaft (vgl. CAFLISCH 52 f. Anm. 20; abweichend NAEGELI II 360 f.).

3 Vgl. vorn § 21 III und IV.

4 Ablehnend gegenüber der Eignung der Stiftung als Kooperationsform (*für wirtschaftliche Zwecke*) SCHLUEP, Probleme 331 f.

II. Organstiftung und Grundgesellschaft

1. Der Begriff der Organstiftung

Grundsätzlich kann vom Begriff der Organgesellschaft ausgegangen werden⁵. Aufgrund des Anstaltscharakters der Stiftung sind jedoch gewisse Modifikationen erforderlich. Zwar werden auch Stiftung und Gesellschaft zu einer wirtschaftlichen Einheit verschmolzen. Die Organstiftung wird jedoch nicht "durch Personen gebildet", sondern nur die Grundgesellschaft. Die Organstiftung hat keine Mitglieder. Nur dadurch, dass die Gesellschaft in die Stiftungsorganisation integriert wird, kann eine ähnliche personelle Verflechtung hergestellt werden⁶.

Wie die Organgesellschaft, ist aber auch die Organstiftung völlig unselbständig, so dass sie faktisch zu einer eigenen Willensbetätigung nicht fähig ist. Deren "finanzielle, wirtschaftliche und organisatorische Verbindung (mit der Grundgesellschaft) muss so weit gehen, dass ein Handeln ... auf eigene Rechnung und Gefahr im Innenverhältnis ... überhaupt ausgeschlossen ist"⁷. Die Organstiftung bildet wirtschaftlich einen Teil der beherrschenden Gesellschaft⁸. "Ihr Zweck ist die Realisierung des Zwecks der Grundgesellschaft"⁹. Die Organstiftung fungiert dabei als Rechtsträgerin der Grundgesellschaft. Sie ist nicht auf eigene Rechnung tätig und besitzt allfälliges Vermögen nur fiduziarisch¹⁰. Die Grundgesellschaft tritt im Ausverhältnis nicht in Erscheinung¹¹.

Wesentlicher Unterschied zur Organgesellschaft ist, dass die Organstiftung aufgrund ihres anstaltlichen Charakters stets einen "eigenen" Willen besitzt, nämlich den ihr durch den Stifter gegebenen¹². Dieser Wille ist jedoch nur insofern eigen, als er dem Zugriff der Beteiligten grundsätzlich entzogen ist. Denn in der Regel stammt auch der in der Organstiftung verkörperte Stifterwille von den an der Grundgesellschaft Beteiligten. Eigene Willensbildung in dem Sinne, dass sich die

5 Vgl. Anm. 2 und zum Begriff der Doppelgesellschaft § 20 II.

6 Es ist im übrigen nicht ausgeschlossen, dass an der Organstiftung auch (natürliche oder juristische) Personen beteiligt sind, welche mit der Grundgesellschaft nichts zu tun haben (vgl. NAEGELI I 8 und II 442). Falls die (fremden) an der Organisation der Stiftung Beteiligten jedoch eine die Organstiftung beeinflussende Stellung haben und diese somit nicht von der Grundgesellschaft abhängig ist, kann in Anlehnung an obige Definition der Organgesellschaft nicht mehr von einer *Organstiftung i.e.S.* gesprochen werden. Falls die Stiftung für die Gesellschaft noch vertraglich Organfunktionen ausübt, kann von einer *Organstiftung i.w.S.* die Rede sein.

7 NAEGELI II 340 mit Verweisung; vgl. auch a.a.O. II 346; TREECK 24; SCHLUEP, Probleme 477; HUG 326; CAFLISCH 60 ff., 71 f.

8 TREECK 23. "Charakteristisch ist dabei, dass sie (die Organgesellschaft) diese Tätigkeit in völliger Abhängigkeit vom Willen der Kartellgemeinschaft ausübt und daneben keinerlei eigene Interessen verfolgt" (NAEGELI I 2).

9 TREECK 25; vgl. SCHLUEP, Probleme 471.

10 Vgl. TREECK 26; NAEGELI I 3 und II 447; HUG 326; vgl. § 26 V.

11 Die Handlungen der Organstiftung sind jedoch nach Stiftungs- und Gesellschaftsfunktionen scharf zu trennen (STRICKRODT, Probleme 16).

12 GNOS 42 ist der Ansicht, dass die Stiftung aus diesem Grund nicht Organ sein könne.

Organstiftung selbständig (neue) Ziele setzen könnte, ist ausgeschlossen. Trotz der durch die Anstaltsnatur der Stiftung bedingten strukturellen Unterschiede besteht somit weitgehende (funktionale) Übereinstimmung von Organstiftung und Organgesellschaft. Beide sind in ihrer Willensbetätigung bzw. Ausführung des Stifterwillens dadurch vollständig von den Mitgliedern der Grundgesellschaft abhängig, als zwischen den Mitgliedern der Stiftungsorganisation bzw. der Organgesellschaft und jenen der Grundgesellschaft weitgehend Identität besteht.

2. Grundgesellschaft und Stiftungsverwaltungsgesellschaft

Der wesentliche Unterschied der Grundgesellschaft zur Verwaltungsgesellschaft bzw. zwischen der Doppelorganisation mit Stiftung und der gewöhnlichen Stiftung mit körperschaftlicher Organisation¹³ ergibt sich aus dem Wesen der Organstiftung. Während die Stiftungsverwaltungsgesellschaft der Stiftung dient, steht die Organstiftung gegenüber der Grundgesellschaft in einem Abhängigkeitsverhältnis. Der Schwerpunkt der Verbindung liegt im Innenverhältnis bei der Stiftung mit Verwaltungsgesellschaft im Bereich der Stiftung, bei der Doppelorganisation eindeutig bei der Grundgesellschaft¹⁴. Die Interessen der Grundgesellschaft sind dem Zweck der Stiftung übergeordnet¹⁵. Die Organstiftung dient der Grundgesellschaft und nicht umgekehrt. Sie überdauert den Bestand der Grundgesellschaft nicht. Wird diese aufgelöst, hat auch die Organstiftung keine Existenzberechtigung mehr¹⁶.

3. Die Organstiftung als Funktionsträgerstiftung

Die Grundgesellschaft ist eine umfassende Organisation, welche Teilfunktionen durch die Organstiftung ausüben lässt. Die Stiftung ist Aussenorgan der Grundgesellschaft und tritt selbständig auf. Die materiellen Leistungsfunktionen treten hinter die Vertretungsfunktionen zurück. Die Organstiftung ist daher dem Typus der Funktionsträgerstiftung zuzuordnen.

¹³ Vgl. vorn § 21 IV.

¹⁴ Vgl. TREECK 26.

¹⁵ Im übrigen gilt, wie für die Stiftungsverwaltungsgesellschaft, dass sich Ziel der Grundgesellschaft und Zweck der Organstiftung decken können.

¹⁶ Die Organstiftung hat "nur so lange Lebensberechtigung, als der Körper lebt, dem sie dient" (NAPFELI II 343 betreffend die Organgesellschaft). Die Auflösung hat in diesem Fall wegen Unerreichbarkeit des Zweckes gestützt auf Art. 88 ZGB zu erfolgen. Eine Fortsetzung der Stiftungstätigkeit ohne gesellschaftliche Grundlage ist aufgrund des AFG nicht zulässig. Die Bewilligung, als Fondsleitung tätig zu werden, erhalten nur Banken, Aktiengesellschaften und Genossenschaften (Art. 3 Abs. 2 AFG). Vgl. vorn § 14 I.

III. Organstiftung und das Problem der zweckwidrigen Verwendung von Rechtsinstituten

Bei der Koppelung zweier verschiedener Rechtsformen zu einem im Gesetz nicht geordneten Gemeinschaftsgebilde ist zu prüfen, ob dadurch nicht Ziele erreicht werden, welche der Gesetzgeber nicht zulassen wollte (Gesetzesumgehung), oder ob die "angestrebte Funktionalisierung einer zur selbständigen Zweckverfolgung berufenen"¹⁷ Rechtsform nicht rechtsmissbräuchlich sei.

Der Gesetzgeber stellt keine besonderen Anforderungen an die Fähigkeit zur Stiftungserrichtung. Es gelten die allgemeinen Vorschriften über die Handlungsfähigkeit der natürlichen und juristischen Personen. Auch Kollektiv- und Kommanditgesellschaften besitzen die Fähigkeit zur Stiftungserrichtung¹⁸. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass sich auch Personenverbindungen zur Verfolgung ihrer idealen Ziele einer Stiftung bedienen¹⁹. Es wird dadurch ein anderer (erlaubter) Weg zur Erreichung eines (erlaubten) Zweckes eingeschlagen.

Es stellt sich sodann die Frage, ob die Verwendung des Instituts der juristischen Person ausschliesslich zur Darstellung der Einheit einer Personenverbindung nicht zweckwidrig sei, "ob es also zulässig sei, die als Gebilde autonomer Zweckverfolgung gedachten Verbandspersonen von vornherein (durch entsprechende Zweckgestaltung) in den Dienst eines (übergeordneten) Fremdzwecks zu stellen"²⁰. Die Möglichkeit der Beherrschung durch den Stifter hat der Gesetzgeber bewusst offengelassen, indem er in der Gestaltung der Stiftungsorganisation den Privaten volle Freiheit gelassen hat²¹. Dadurch ist auch die Mitwirkung des Stifters möglich²², welcher derart in der Lage ist, "seine" Stiftung vollständig zu beeinflussen, sofern er als einziges Organ vorgesehen ist. Ist es aber zulässig, dass der Stifter eigene, nur durch den (idealen) Stiftungszweck gedeckte Interessen verfolgen kann, muss auch die Verfolgung gemeinsamer, mit dem Stiftungszweck gleichlaufender Interessen einer Mehrheit von Personen zulässig sein.

17 SCHLUEP, Probleme 471 f.

18 RIEMER N 3 zu Art. 81 ZGB; vgl. auch a.a.O. N 4.

19 Vgl. MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 309. Auch EBERLE 90 f. scheint ein der Organstiftung ähnliches Gebilde im Auge zu haben, "welches der Unterstützung des Vermögenszwecks dienen soll" (a.a.O. 91; Hervorhebung von mir).

20 SCHLUEP, Probleme 474.

21 Vgl. vorn § 11 I 5.

22 Vgl. RIEMER ST N 38/53.

2. Kapitel

Anlagestiftung und Unternehmen

§ 24 Der Betrieb eines nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes

I. Der Begriff der Unternehmung

Unternehmung ist kein Rechtsbegriff, sondern zunächst eine Lebenserscheinung¹. Es handelt sich dabei um den systematischen Einsatz von materiellen und immateriellen Mitteln in einem sozialen System², um Leistungen für Dritte zu erbringen. Mit dem Systembegriff ist aber noch nichts gewonnen, weil er auf jede "geordnete Gesamtheit von Elementen, zwischen denen irgendwelche Beziehungen bestehen oder hergestellt werden können"³, zutrifft⁴.

Das Unternehmen ist jedoch nicht "eigenständiges Ordnungsobjekt"⁵; der Begriff hat vielmehr überall die Funktion einer Tatbestandsklammer im Zusammenhang mit der Ordnung eines weit über die Unternehmung hinausreichenden Lebensfeldes⁶. Der Begriff taucht in den verschiedenen Rechtsgebieten mit unterschiedlichem Sinngehalt auf, und der Lehre ist es nicht gelungen, einen einheitlichen Rechtsbegriff "Unternehmen" zu prägen⁷. Trotzdem muss versucht werden, den Begriff für den folgenden Gebrauch zu umschreiben.

1 SCHLUEP, Mitbestimmung 8; ders., Probleme 251; allgemein zum Unternehmensbegriff NORDMEYER 3 ff.; zwischen den Bezeichnungen "Unternehmen" und "Unternehmung" wird hier kein Unterschied gemacht. Vgl. SCHLUEP, Mitbestimmung 8 Anm. 11.

2 System zunächst, weil "es sich um ein von der übrigen Wirklichkeit abgrenzbares Gebilde handelt, das aus einer geordneten Mehrzahl von unterscheidbaren Teilen oder Elementen besteht, welche zueinander in Beziehung stehen" (URICH Hans, Die Unternehmung als produktives soziales System, Bern/Stuttgart 1968, 155, zit. nach SCHLUEP, Mitbestimmung 8), und sozial, weil die Unternehmung "Menschen zur Kooperation gruppiert und damit in wechselseitige Beziehung setzt" (SCHLUEP, Mitbestimmung 8) sowie mit der gesellschaftlichen Umwelt in Wechselbeziehung steht (SCHLUEP a.a.O. mit Verweisung auf ULRICH 162 ff.).

3 ULRICH 105, zit. nach SCHLUEP, Mitbestimmung 9.

4 SCHLUEP, Mitbestimmung 9.

5 Das trifft auch für die Unternehmensträgerstiftung zu. SCHLUEP, Probleme 252 bezeichnet den Sachverhalt aus unternehmensrechtlicher Sicht zutreffend als "Pseudopersonlichkeit".

6 SCHLUEP, Mitbestimmung 12; vgl. auch ders., Probleme 251 f.

7 SCHLUEP, Mitbestimmung 14. Vgl. zum Begriff der Unternehmung in der Betriebswirtschaftslehre RÜHLI Edwin, Unternehmungsführung und Unternehmungspolitik I, Bern/Stuttgart 1973, 14 f. Der Begriff wird auch in der Betriebswirtschaftslehre unterschiedlich verwendet (a.a.O. 14).

II. Das nach kaufmännischer Art geführte Gewerbe

Das Obligationenrecht spricht vom "kaufmännischen Gewerbe"⁸ und meint nichts anderes als das Unternehmen^{9,10}. Als Gewerbe ist eine selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete wirtschaftliche Tätigkeit zu betrachten¹¹. Das Begriffselement der Dauer ist gegeben, wenn eine Organisation für die wirtschaftliche Tätigkeit vorhanden ist. Die Wiederholung von gleichartigen Geschäften ist einer organisierten Erwerbstätigkeit begriffsimmanent¹². An Selbständigkeit ist nicht rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit erforderlich. Das eine von beiden genügt¹³. Nicht jedes Gewerbe ist jedoch ein Unternehmen. Art. 53 lit. A HRV nennt einige Beispiele (von Handelsgewerben), so u.a. Effekten-(Ziff. 2) und Treuhandgeschäfte (Ziff. 4) sowie Vermittlung von Nachrichten und Auskunftserteilung (Ziff. 6). Das Wesen des Fabrikationsgewerbes besteht in der Bearbeitung von Gütern¹⁴, und für die anderen kaufmännischen Unternehmen ist charakteristisch, dass sie einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern¹⁵. Ohne grosse Bedeutung für die Qualifikation als Unternehmung ist der Umsatz, wohl aber in einzelnen Fällen für die Pflicht zum Handelsregistereintrag¹⁶. Im Zweifel ist aber auch auf den Umsatz abzustellen.

Wichtigstes Begriffselement der Unternehmung ist das Erfordernis der Berücksichtigung kaufmännischer Grundsätze. Davon nennt das Gesetz nur die Buchführung, was aber tatsächlich das zentrale Instrument der Unternehmensführung ist. Nicht begriffsnotwendig ist die Gewinnabsicht¹⁷. Massgebend für die begriffliche Erfassung der Unternehmung als System (Organisation) können nur objektive Kriterien sein. Die Zweckverwendung des geschaffenen Apparates ist ohne Bedeutung.

III. Planmässige Kapitalanlage als Unternehmung

Gewöhnliche Vermögensverwaltung ist nicht Unternehmung. Auf die Grösse des Vermögens kommt es dabei nicht an, da in der Regel die betrieblichen Funktionen

8 Art. 934 OR, 52 ff. HRV.

9 SCHLUEP, Mitbestimmung; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 34; RIEMER ST N 385.

10 Ausführlich zum kaufmännischen Gewerbe MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 36 ff.; PATRY 72 ff.

11 Art. 52 Abs. 3 HRV.

12 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 37 mit Verweisung auf BGE 84 I 187 ff. sowie a.a.O. N 38; MEIER-HAYOZ, Gesellschaftszweck 6.

13 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 40; PATRY 74.

14 Art. 53 lit. B HRV.

15 Art. 53 lit. C HRV.

16 Art. 54 HRV; vgl. MEIER-HAYOZ, Gesellschaftszweck 7 f.

17 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 42; SCHLUEP, Probleme 251 Anm. 2; PATRY 75 f.; anders die Betriebswirtschaftslehre, vgl. KORNDÖRFER 77; vgl. auch BGE 80 I 383 ff.

durch Banken, Anlagefonds und andere spezialisierte Institutionen ausgeführt werden.

Das Gesetz zählt beispielhaft Effekten- und Treuhandgeschäfte zu den (Handels-) Gewerben¹⁸. Zu Kapitalanlage und Vermögensverwaltung gehören aber zudem auch Anlageberatung, dauernde Überwachung der Kapitalmärkte, Verfolgung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung wie auch der Geschäftstätigkeit der Einzelwirtschaften, welche als Anlageobjekte in Frage kommen bzw. an welchen bereits Anlagen bestehen, und andere Funktionen mehr¹⁹. Die organisierte Tätigkeit, welche "nach zum voraus bestimmten Regeln und zu einem festen und gewollten Zweck"²⁰ ausgeübt wird, ist unternehmerische Tätigkeit. Der entsprechende Sachverhalt ist daher eine Unternehmung, welche kaufmännische Führung erfordert²¹.

IV. Sach- oder gewinnorientierte Unternehmung

Ähnlich wie die Zwecke in wirtschaftliche und nicht wirtschaftliche, lassen sich auch die Gewerbe in sach- und gewinnorientierte unterscheiden. Für die begriffliche Abgrenzung ist nur massgebend, ob die durch die Unternehmung erstellte Leistung²² ohne bzw. nur zu einer die Selbstkosten deckenden Gegenleistung erbracht oder ob damit Gewinnerzielung angestrebt wird. Auf diese Unterscheidung ist später zurückzukommen.

18 Art. 53 lit. A Ziff. 2 und 4 HRV.

19 Vgl. FORSTMOSER, Anlagefondsgesetz 21 f.

20 PATRY 72.

21 Ebenso EMCH 114 für den Anlagefonds.

22 Unter Leistung ist das (in Geld bewertete) Ergebnis der betrieblichen Tätigkeit, d.h. die im Rahmen des Leistungserstellungsprozesses erzeugten, nicht jedoch die abgesetzten Güter und Dienste, zu verstehen (KORNDÖRFER 54). Davon ist der Leistungsertrag als Wertzugang zu unterscheiden (a.a.O. 53), woraus schliesslich der Gewinn resultiert.

§ 25 Die Anlagestiftung als Unternehmensträgerstiftung

I. Begriff und Arten der Unternehmensstiftung

1. Der Zweck als Unterscheidungskriterium

Wie wir gesehen haben¹, kann, aber braucht sich das Mittel (Unternehmung) in der Zweckumschreibung (Gegenstand) nicht auszudrücken. Der Zweck taugt somit wenig als Unterscheidungskriterium für die Unternehmensstiftung^{2,3}. Diese unterscheidet sich von anderen Stiftungen nur durch ihre Funktionen⁴.

2. Der Einfluss auf das Unternehmen

Die Unternehmertätigkeit ist eine zentrale Funktion der Unternehmensstiftung. Fraglich bleibt, welcher Art diese unternehmerische Betätigung sein muss bzw. wie die wechselseitigen Beziehungen zwischen Stiftung und Unternehmung gestaltet sein müssen, damit von einer Unternehmensstiftung gesprochen werden kann. Die herrschende Lehre geht davon aus, dass die Stiftung mindestens einen massgebenden Einfluss auf die Unternehmensentscheidungen ausübt⁵. Ein beherrschender Einfluss⁶ oder gar eine Mehrheitsbeteiligung ist nicht erforderlich⁷. Massgebend ist, dass die Stiftungsorgane infolge der Teilnahme am Wirtschaftsleben (selbständige) wirtschaftliche Leistungsfunktionen ausüben⁸, welche die Unternehmensstiftung von anderen Stiftungen abhebt⁹.

1 Vgl. vorn § 22 I 1.

2 Zur Terminologie vgl. GNOS 16. In der Schweiz herrscht über die Bezeichnung "Unternehmensstiftung" Übereinstimmung (RIEMER ST N 384 mit Verweisungen).

3 GNOS 17 unterscheidet nicht zwischen Mittel und Zweck und bezeichnet deshalb den Zweck als Hauptmerkmal der Unternehmensstiftung. Eine Unternehmensstiftung mit nicht wirtschaftlichem Zweck ist daher ausgeschlossen (a.a.O. 29).

4 Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 18 N 6; vgl. auch vorn § 12 I 5.

5 RIEMER ST N 390; GNOS 21; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 18 N 6.

6 GNOS 19, 21.

7 RIEMER ST N 390. Die Beeinflussung muss dauernd und unentziehbar sein, da sonst die Stiftung von der Willensbildung ausgeschlossen werden kann (GNOS 20, 21).

8 Vgl. STRICKRODT, Stiftungsrecht 228.

9 Der Einfluss auf das Unternehmen muss der Stiftung selbst zustehen und nicht bloss ihren Organen (GNOS 21 f.; STRICKRODT, Erscheinungsformen 1484).

3. Arten der Verbindung mit einem Unternehmen

Es bestehen verschiedene Möglichkeiten, (beeinflussend) mit einer Unternehmung in Verbindung zu treten. Grundsätzlich lassen sich die Verknüpfungsmöglichkeiten in zwei Kategorien einteilen¹⁰. Einerseits ist eine dingliche Verknüpfung mit dem Unternehmen durch unmittelbare Sachherrschaft über die Vermögenswerte der Unternehmung möglich oder durch mittelbare infolge Beteiligung. Andererseits kann aber auch eine schuldrechtliche Bindung mittels Interessengemeinschafts-, Pacht-, Betriebsüberlassungs-, Geschäftsführungs- und ähnlicher Verträge hergestellt werden. Stiftungen, welche unmittelbar selbst (Rechts-)Trägerin des Unternehmens sind, werden als *Unternehmensträgerstiftungen* bezeichnet¹¹. Die durch Beteiligung mit einem Unternehmen(sträger) verknüpften Stiftungen¹² können daher sinn- gemäss als *Unternehmensbeteiligungsstiftungen* angesprochen werden¹³.

4. Anstaltsträgerstiftung und Unternehmen im besonderen

Die Anstaltsträgerstiftungen wurden von jeher zu den Gewerbebetrieben gerechnet¹⁴. Typische Vertreter sind Schulen, Heime und Spitäler. Hier treffen die Funktionen der anstaltlichen Benutzungs- und Leistungsordnung mit jenen selbständigen Leistungsfunktionen zusammen, welche die unternehmerische Tätigkeit auszeichnen. Das Phänomen "Unternehmensstiftung" war in typologischer Hinsicht somit schon dem historischen Gesetzgeber bekannt, wurde jedoch aufgrund des anstaltlichen Charakters¹⁵ ohne Bedenken der gewöhnlichen Stiftung zugeordnet¹⁶.

10 GNOS 26. Diese Einteilung legen die meisten Autoren ihren Arbeiten zugrunde. Vgl. bezüglich anderer Einteilungen GNOS 27 ff.

11 Vgl. GNOS 29 ff. Die Unternehmensträgerstiftung hat sozusagen die Stellung eines Einzelkaufmanns (GNOS 30).

12 Dazu ist auch der Fall zu zählen, wo sich sämtliche Anteile (einer Kapitalgesellschaft) im Besitz der Stiftung befinden (vgl. GNOS 36).

13 Vgl. GNOS 36 ff., welcher jedoch von der "Unternehmensstiftung als Beteiligte" spricht. Die Unternehmensbeteiligungsstiftung wird auch als "Holding-Stiftung" bezeichnet (BÄR, Aktuelle Fragen 530, 531; MENGARDI 205; PAVEL, Schweiz 87; WIRZ 204; vgl. RIEMER ST N 389/400). Zu den vertraglichen Bindungen an das Unternehmen vgl. GNOS 54 ff.

MENGARDI 26 f. weist auf das Herauswachsen der Unternehmensbeteiligungsstiftung aus der Personalvorsorgestiftung hin. Indem der Personalvorsorgestiftung anstatt Barmitteln und Forderungen Beteiligungsrechte gewidmet wurden, erhielt diese den Charakter einer Unternehmensstiftung. Vgl. auch a.a.O. 214 f.; WALSER 75 f.; WIRZ 204.

14 RIEMER ST N 388 mit Verweisungen auf die Praxis; SPECKER 66.

15 Welcher einen eigenen Typus entstehen lässt.

16 Vgl. RIEMER ST N 45/53; GNOS 59, 112.

II. Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung

1. Das Unternehmen als Mittel

a) Der Betrieb eines Gewerbes im Vereinsrecht

Der Betrieb eines Unternehmens kann, wie wir gesehen haben, aber muss nicht bedeuten, dass ein wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird. Dieser Grundsatz ist hinsichtlich des Vereins Gesetz¹⁷ und im übrigen feststehende Doktrin¹⁸, auch wenn das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die Grenzen der Unterscheidung zwischen Betrieb eines Gewerbes und wirtschaftlichem Zweck verwischt hat¹⁹. Fraglich ist, ob bei der Stiftung (analog) dasselbe gilt. In diesem Fall wäre eine Gesetzeslücke anzunehmen. Dabei ist zunächst zu unterscheiden zwischen sachorientierter und gewinnorientierter Unternehmung²⁰.

b) Stiftung mit sachorientierter Unternehmung

Der Gesetzgeber hat mit der Anstaltsträgerstiftung einen bestimmten Typus sachorientierter Unternehmung als Leitbild vor Augen gehabt²¹. Über die Zulässigkeit dieses (gesetzlichen) Stiftungstypus erübrigen sich somit weitere Ausführungen²².

Die Unternehmens(träger)stiftung als Typus betreibt nun aber ein Unternehmen, welches seine Leistungen gegenüber Aussenstehenden erstellt. Dabei gilt jene Unternehmung, welche ihre Leistungen direkt an die "Destinatäre" erbringt und somit nicht gewinnstrebig ist, als sachorientiert. Leistungen der Unternehmung und Stiftungsleistungen decken sich. Stiftung und Unternehmen bilden eine Leistungseinheit. Obwohl die Stiftung nur Träger des Unternehmens und damit mit diesem nicht identisch ist, überdauert daher die Stiftungsexistenz die satzungsmässig vorgesehene unternehmerische Tätigkeit nicht²³. Hört das Unternehmen

17 Art. 61 Abs. 2 ZGB.

18 HEINI 525 ff.; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 22; GUTZWILLER, Verbandspersonen 463 f.; PESTALOZZI 63; von GRAFFENRIED 33 f.; RIEMER, Vereine 83; abweichend neuerdings NOBEL 433 ff.

19 MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 25 ff.; HEINI 525 ff.

20 Vgl. vorn § 24 IV.

21 Als Beispiel kann in diesem Zusammenhang auch die "Genossenschaft Zürcher Frauenverein für alkoholfreie Wirtschaften" dienen, obwohl dieser das Bundesgericht die ideale Zwecknatur abgesprochen hat (BGE 64 I 327 ff.). Die Führung der alkoholfreien Wirtschaften ohne Gewinnabsicht bezweckt ausschliesslich die Bekämpfung des Alkoholismus im eigenen Organisationsbereich (sowie eventuell auch die Vermittlung von günstigem Essen). Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 4 N 32; HEINI 523 Anm. 29; MEIER-HAYOZ, Gesellschaftszweck 6; SPECKER 65 f. Fraglich ist allerdings, ob das wirtschaftliche Mittel nicht eine überwiegende selbständige Bedeutung hat (vgl. vorn § 22 I 3 Anm. 37).

22 Vgl. soeben Ziff. 4.

23 A.M. STRICKRODT, Stiftungsrecht 209.

auf, Leistungen zu erbringen, ist auch die Stiftung gemäss Art. 88 Abs. 1 ZGB aufzulösen.

Der Unterschied zum Typus der Anstaltsträgerstiftung erschöpft sich also in einer anderen Umschreibung des Destinatärkreises. Während bei der Anstaltsträgerstiftung die Destinatäre im Einflussbereich (Organisationsbereich) der Stiftung integriert sind, stehen die Begünstigten der Unternehmensstiftung mit sachorientierter Unternehmung ausserhalb deren Organisationsbereich. Zwischen diesen Leistungsarten besteht aber kein wesentlicher Wertungsunterschied. Daher brauchen auch keine Unterschiede in den Funktionen der Stiftungsorgane zu bestehen²⁴. An der Zulässigkeit des sachorientierten Stiftungsunternehmens²⁵ kann somit kein Zweifel bestehen²⁶.

c) Stiftung mit gewinnorientierter Unternehmung

Anders sind die Strukturen beim Betrieb einer gewinnorientierten Unternehmung²⁷. Stiftung und Unternehmen bilden keine Leistungseinheit²⁸. Während bei der Anstaltsträgerstiftung und der Stiftung mit sachorientierter Unternehmung stifterische und unternehmerische Funktionen in der Regel parallel laufen, muss dies bei der Stiftung mit gewinnorientierter Unternehmung nicht der Fall sein.

Für diese Stiftungsart stellt sich aber aufgrund der grundsätzlichen Zulässigkeit wirtschaftlicher (Neben-)Zwecke nur noch die Frage, wie weit sich die unternehmerischen Funktionen von den stifterischen entfernen dürfen. Die Fragestellung ist also dieselbe wie bei der Abgrenzung von wirtschaftlichen und idealen Zwecken²⁹.

Der Rahmen für die unternehmerische Funktionsentfaltung wird durch die öffentlichen Interessen gesteckt. Sollte die unternehmerische Tätigkeit einer Stiftung dem an deren stifterischen Leistungen bestehenden öffentlichen Interesse nicht mehr untergeordnet sein, ist deren (faktischer) Zweck nicht als ideal zu qualifizieren und die Stiftung deshalb aufzulösen. Voraussetzung ist also, dass "das originäre Zweckmoment des Rechtsträgers Stiftung ... nicht von der Unternehmensfunktion, d.h. der Leistungs- und Gewinnerzielungstendenz, aufgesogen und

24 Die Unternehmerfunktionen dürften bei derartigen Einrichtungen in der Regel nicht überwiegen. Normalerweise besteht ein Gleichgewicht zwischen stifterischen und unternehmerischen Funktionen.

25 Unter Stiftungsunternehmen ist (betriebswirtschaftlich) jenes Unternehmen zu verstehen, welches durch eine Unternehmensstiftung betrieben wird (vgl. STRICKRODT, Stiftungsrecht 210, 226 f.; anders BÄR, Aktuelle Fragen 530).

26 Vgl. auch die bei RIEMER ST N 398 zitierte Praxis (Nrn. 4/7/11/13).

27 Es handelt sich dabei um Unternehmen, welche auf dem Gebiet von Industrie, Handel, Bankwesen u. dgl. tätig sind. Vgl. RIEMER ST N 388, welcher im übrigen darauf hinweist, dass derartige Unternehmensstiftungen bereits im 19. Jh. errichtet worden sind.

28 Die Stiftungsexistenz überdauert daher auch die unternehmerische Tätigkeit, sofern die zur Zweckerreichung notwendigen Mittel auf andere Weise aufgebracht werden.

29 Vgl. vorn § 22 II 3, insbesondere Anm. 37.

damit stiftungsrechtlich ausgelöscht³⁰ wird. In diesem Rahmen ist aber an der Zulässigkeit gewinnorientierter Stiftungsunternehmen nicht zu zweifeln³¹.

Die Zulässigkeit der Unternehmensstiftung ergibt sich jedoch nicht nur unter historisch-realistischen (typologischen) Gesichtspunkten. Auch die systematische Nähe zum Vereinsrecht rechtfertigt die gemachten Schlussfolgerungen. Dasselbe ist unter teleologisch-funktionalen Aspekten der Fall³². Es sind alle geeigneten Mittel, soweit sie nicht widerrechtlich oder unsittlich sind, zur Verfolgung idealer Zwecke zulässig.

2. Die Eignung der Stiftung zum Betrieb eines Unternehmens

Alle geeigneten Mittel erscheinen somit zur Zweckerreichung zulässig. Allein, der Gesetzgeber hat das Problem der Verwendung eines gewinnorientierten Unternehmens durch die Stiftung nicht bedacht³³. Es ist daher die grundsätzliche Eignung dieses Rechtsinstitutes zur Führung einer Unternehmung zu prüfen.

Es kann nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, auf die in der Literatur bereits aufgeworfenen Fragen einzeln einzugehen³⁴. Zusammenfassend kann aber festgestellt werden, dass die Bedenken gegenüber der Unternehmensstiftung unbegründet sind. Nur hinsichtlich zweier Punkte, des Problems der Finanzierung und des Fehlens des Selbstbestimmungsrechts, soll kurz näher eingetreten werden. Dabei ist zwischen Unternehmensträger- und Unternehmensbeteiligungsstiftung zu unterscheiden³⁵.

In der Schweiz wie auch in Deutschland hat sich die Lehre mit einer starken Fixierung auf die Anstaltsnatur der Stiftung den Blick auf die Doppelstruktur der Unternehmensstiftung und der damit verbundenen Möglichkeiten bisher verbaut³⁶. Dass die durch das Fehlen des Selbstbestimmungsrechts bewirkte Starrheit der Stiftung auf die Dynamik der Unternehmung keinen Einfluss haben muss, wird sofort klar, wenn man die Funktionen der Unternehmensleitung einerseits und diejenigen der Eigentumswahrung und Zweckverwirklichung anderseits scharf

30 STRICKRODT, Stiftungsrecht 203; vgl. a.a.O. 210; SPECKER 64.

31 Vgl. RIEMER ST N 401; GNOS 85 f.; abweichend KUMMER 481. Vgl. auch die bei RIEMER ST N 398 zitierte Praxis.

32 Zur Methodik vgl. MEIER-HAYOZ N 316 ff. zu Art. 1 ZGB; BAUDENBACHER 123 ff. betreffend Art. 1 UWG.

33 GNOS 5.

34 Vgl. dazu GNOS 90 ff.; WIEDERHOLD 104 ff.; STENCK 73 ff.; PAVEL passim; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 18 N 10 ff.; REUTER 258 ff., 446 ff.

35 A.M. GNOS 17, welcher der Meinung ist, dass die Beteiligung im wesentlichen dieselben Probleme aufwerfe, wie wenn die Stiftung das Unternehmen unmittelbar betreibe. Vgl. aber a.a.O. 27 f.

36 Im deutschen Schrifttum ist die Meinung, die Stiftung sei durch Eigentumslosigkeit, Starrheit, Mangel an wirksamem Gläubigerschutz und staatlicher Aufsicht gegenüber den übrigen, im Wirtschaftsverkehr auftretenden Rechtsformen behindert, als "dogmatische Voreingenommenheit von seiten der Stiftungsrechtstheorie" bezeichnet worden (STRICKRODT, Stiftungsrecht 209).

auseinanderhält³⁷. Das ist ohne weiteres im Fall der Unternehmensbeteiligungstiftung klar, sofern es sich um eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft handelt. Trägerin des Unternehmens ist ein von der Stiftung verschiedenes Rechtssubjekt. Dieses genießt die Freiheit, welche ihm die gewählte Rechtsform gewährt³⁸. Unwesentlich beschränkt ist nur die Einwirkungsmöglichkeit der Stiftung dadurch, dass sie in ihren Unternehmensentscheidungen an den Stiftungszweck gebunden ist. Darauf kann jedoch bereits bei der Ausgestaltung des Zwecks Rücksicht genommen werden. Diese Bindung lässt im übrigen allen Veränderungen der Gesellschaft selber Raum, solange das Vermögen für die Zweckverwirklichung der Stiftung erhalten bleibt. Das bedeutet somit nur, dass die Unternehmung stets die Gewinnabführung an die Stiftung als Ziel behalten muss. Diese Vorschrift kann aber im konkreten Fall auch nur insofern gelten, als durch die Änderung des Unternehmenszieles die Erreichung des Stiftungszwecks verunmöglicht wird. Lässt sich der Stiftungszweck auch mittels direkter Leistungserstellung durch eine sachorientierte Unternehmung erfüllen, steht einer Zweckänderung im Sinne der Aufgabe der Gewinnstrebigkeit durch die Unternehmensträgergesellschaft nichts entgegen. Ähnlich verhält es sich auch bei Beteiligungen an personenbezogenen Gesellschaften³⁹. Hinsichtlich der Unternehmensbeteiligungstiftung stellen sich somit im wesentlichen keine anderen Probleme als bei einer entsprechenden Mitgliedschaft einer andern juristischen Person.

Etwas anders liegen die Verhältnisse bei der Unternehmensträgerstiftung, welche das Unternehmen sozusagen als Einzelkaufmann betreibt. Hier wirkt sich mangels Trennung der Unternehmensträgerschaft von der Stiftung die anstattliche Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts direkt aus. Unüberwindbare Probleme bietet aber auch diese Konstellation nicht. Die Mittel der (Selbst- und) Fremdfinanzierung stehen auch der Stiftung in vollem Umfang offen. Den Gläubigern haftet das Stiftungsvermögen wie das Vermögen jeder anderen unternehmerischen Betätigungsform mit beschränkter Haftung. Massgebend für die Kreditwürdigkeit einer Unternehmung ist nicht das (u.U. unbedeutende) Eigen- oder Grundkapital des Rechtsträgers⁴⁰, sondern deren Substanz und zukünftigen Entwicklungsaussichten⁴¹. Die Stiftungsaufsicht bietet im übrigen bedeutend mehr Gewähr für die Substanzerhaltung als z.B. die Sicherungsvorschriften im Aktienrecht⁴², welche meistens erst zum Zuge kommen, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger

37 STRICKRODT, Stiftungsrecht 341.

38 Ebenso GNOS 96 hinsichtlich der Beschaffung von Fremdkapitalien.

39 Die Kollektivgesellschaft fällt ausser Betracht, da diese als Mitglieder nur natürliche Personen haben kann (MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 9 N 10 ff.).

40 Nur nebenbei sei bemerkt, dass das Stammvermögen der Anlagestiftungen mit einer Ausnahme (ASA) das vorgeschriebene Grundkapital der AG erreicht bzw. bei weitem übersteigt.

41 Entsprechende Bedenken resultieren meistens aus einer Verwechslung von Aktiv- und Passivseite der Bilanz (vgl. WIEDERHOLD 110). Die wirtschaftlichen Beziehungen des Gläubigers bestehen nicht zum Träger des Unternehmens, sondern zu diesem selber (DRUEY 362).

42 Art. 725 OR.

nicht mehr durch die Aktiven gedeckt sind“⁴³. Sollte schliesslich der Fortbestand der Unternehmung nur noch durch das Fehlen des Selbstbestimmungsrechts der Stiftung gefährdet sein, kann immer noch die „Notbremse“ der Umwandlung des Stiftungsunternehmens (bzw. dessen Einbringung) in eine Gesellschaftsform des Obligationenrechts gezogen werden. Vor ähnliche Probleme sieht sich auch ein Einzelkaufmann gestellt, dessen wachsendes Unternehmen ihm (im wahrsten Sinn des Wortes) über den Kopf zu wachsen beginnt. Keine Norm des Stiftungsrechts steht einer entsprechenden Umwandlung des Stiftungsunternehmens als Einzelunternehmung in eine Kapitalgesellschaft entgegen, falls die Stiftung den Anforderungen als Unternehmensträger nicht mehr genügen sollte⁴⁴. Dies kann auch in den Stiftungssatzungen bereits vorgesehen werden⁴⁵. Die allenfalls erforderliche Mitwirkung der Umwandlungsbehörde bei der Abänderung der Stiftungsorganisation⁴⁶ dürfte kein Hindernis sein, da derartige Änderungen in diesem Fall durch die Erhaltung des Vermögens oder die Wahrung des Zwecks bedingt sind⁴⁷. Im übrigen braucht die Organisation nicht im Stiftungsstatut verankert zu sein. Sie kann in einem Reglement geordnet werden, welches durch die Stiftungsorgane beliebig abgeändert werden kann⁴⁸. Damit steht aber fest, dass von unternehmerischer Seite her der Verwendung der Stiftung für entsprechende Zwecke nichts im Wege steht⁴⁹.

43 Art. 725 Abs. 3 OR. A.M. ist GNOS 99 unter Berufung auf die mangelnde Sachkenntnis der Aufsichtsbehörden. Der Einwand ist nicht von der Hand zu weisen, doch verkennt er m.E. die präventive Wirkung einer von aussen wirkenden behördlichen Aufsicht.

44 Vgl. MENGIARDI 220; ebenso für das deutsche Recht BERNDT 123 f.; STRICKRODT, Ordnungsaufgabe 339.

45 Vgl. GNOS 94, 96; RIEMER ST N 27/88 ff. zu Art. 85/86 ZGB.

46 Der Zweck der Stiftung ändert (formell) kaum.

47 Art. 85 ZGB. Im übrigen ist bei Beteiligung von Drittinteressen eine liberale Umwandlungspraxis angezeigt, wenn die Umwandlung durch diese Interessen gedeckt ist (KRAFFT 145; vgl. SCHWEIZER 233 f.; RIEMER N 26 a.E. zu Art. 85/86 ZGB).

48 RIEMER N 82 f. zu Art. 85/86 ZGB; GNOS 93 f.; WALSER 59 f.

49 Von der Eignung her steht damit auch der rein wirtschaftlichen Betätigung der Stiftung nichts entgegen. Eine derartige Funktionalisierung der Stiftung kann aber nicht (contra legem) Sache der Praxis sein.

Die Entwicklung geht in Richtung der Unternehmensanstalt mit sozialen Bezügen, welche allenfalls durch den Gesetzgeber neu zu schaffen wäre. Vgl. zu diesem Themenkreis NOBEL, TSCHÄNI, ROTH, ULRICH und die in WuR 32 (1980) 9 ff. enthaltenen Aufsätze; vgl. auch die in der Rezensionsübersicht von TSCHÄNI besprochene „neuere und weiterführende Literatur zum Wirtschafts- und Unternehmensrecht“ (WuR 32 (1980) 152 ff.).

III. Anlagestiftung und Unternehmensträgerschaft

Bei der Anlagestiftung bilden Stiftung und Unternehmen eine Leistungseinheit mit identischer (idealer) Zwecksetzung bzw. sachorientierter Ausrichtung. Die Leistungen der Anlagestiftung werden zu Selbstkosten erbracht und dienen unmittelbar der Personalvorsorge. Die Tätigkeit, die dabei entfaltet wird, ist eine unternehmerische. Die Verwaltung des erheblichen Vermögens und die Betreuung der umfangreichen Teilnehmerschaft erfordern eine kaufmännische Führung, welche die Merkmale des Gewerbes im Sinne des Gesetzes trägt⁵⁰. Die Anlagestiftung ist jedoch typologisch nicht eine reine Unternehmensträgerstiftung. Aufgrund der komplexen Leistungsfunktionen ist sie als Mischtypus von Unternehmens- und Funktionsträgerstiftung zu qualifizieren.

50 Bei dieser Qualifikation wird davon ausgegangen, dass die Anlagestiftung eine eigene Organisation zur Vermögensverwaltung und -anlage besitzt, was jedoch nur bei IST und PREVISTA der Fall ist. Die übrigen Anlagestiftungen sind verwaltungstechnisch weitgehend in die Organisation von Banken integriert, so dass wesentliche Verwaltungsfunktionen stiftungsextern (im Auftragsverhältnis) durch Einrichtungen der Banken ausgeführt werden. Diese Stiftungen verfügen daher über keine Unternehmensorganisation und sind daher keine Unternehmensstiftungen. Im Hinblick auf die zwei bestehenden Anlagestiftungen mit Unternehmen, die Personalfürsorge- und Gemeinschaftsstiftungen mit ähnlichen (Unternehmens-)Strukturen sowie weiteren entsprechenden Erscheinungen der Wirtschaftspraxis rechtfertigen sich die gemachten Ausführungen.

3. Kapitel

Die Rechtsverhältnisse in der Anlagestiftung

§ 26 Die Anlagestiftung als (juristische) Doppelorganisation

I. Die Gemeinschaft der Teilnehmer als Grundgesellschaft

Die Teilnehmer an der Anlagestiftung wollen gemeinsam nichts anderes erreichen, als die Anlagestiftung bezweckt, nämlich die gemeinschaftliche Kapitalanlage zur Vereinfachung der Vermögensverwaltung und vor allem zur Verteilung des Risikos. Wie die Analyse der beteiligten Interessen gezeigt hat, handelt es sich dabei um genossenschaftliche Interessen¹. Der Zusammenschluss der Teilnehmer trägt somit sämtliche Merkmale der Gesellschaft: Personenmehrheit, vertragliche Grundlage und gemeinsame Zweckverfolgung. Die Teilnehmer verfolgen mittels der Anlagestiftung eigene Interessen, deren Verwirklichung ein zielgerichtetes Zusammenwirken erfordert. Denn ohne aktive (Kapital-)Beteiligung der Teilnehmer kann die Anlagestiftung ihren Auftrag nicht erfüllen.

Vorweg ist zu klären, welche Gesellschaftsform die Anlegergemeinschaft einnimmt. Die Form einer Körperschaft kommt nicht in Frage, da das konstitutive Element des Handelsregistereintrags fehlt bzw. der für die Entstehung des Vereins erforderliche Wille, als Körperschaft bestehen zu wollen, aus den Statuten nicht ersichtlich ist. Fraglich kann sodann sein, ob es sich um eine Kollektivgesellschaft handle, da der Zusammenschluss ein Unternehmen betreibt². Rechtsträgerin des Unternehmens ist jedoch trotz wirtschaftlicher Abhängigkeit die Organstiftung, so dass die Teilnehmergemeinschaft (nur) eine einfache Gesellschaft sein kann³.

Die Abhängigkeit der Stiftung von der Grundgesellschaft ergibt sich aus der Struktur und der Aufgabe der Anlagestiftung. Denn die Stiftung kann ihren Leistungsauftrag nur so lange erfüllen, als die Grundgesellschaft besteht. Sobald keine Teilnehmer mehr vorhanden sind, hat auch die Stiftung keine Existenzberechtigung mehr, da die Beiträge der Teilnehmer Zweckverwirklichungsobjekt sind. Massgebend ist daher das Interesse der Grundgesellschaft. Die Stiftung ist dieser untergeordnet.

Die Organe der Grundgesellschaft und der Organstiftung sind identisch. Deren Aufgabenbereiche sind einheitlich in den Stiftungssatzungen umschrieben, welche daher gleichzeitig auch Gesellschaftsvertrag (Statut) sind. Durch die organische Verbindung wird eine vollständige wirtschaftliche Einheit erreicht, was aber nicht

¹ Vgl. vorn § 17 III.

² Was die Pflicht zum Handelsregistereintrag nach sich ziehen würde.

³ A.M. hinsichtlich der Doppelgesellschaft NAEGELI II 283, 319. Das ist jedoch nicht einzusehen und beruht wohl auf einer Verwechslung von Zweck und Mittel.

darüber hinwegtäuschen darf, dass es sich bei der Anlagestiftung nicht um ein rechtliches Einheitsgebilde handelt⁴.

Einerseits sind die Funktionen der Organe in jene der Stiftung und in jene der Grundgesellschaft zu unterscheiden⁵. Andererseits ist zu beachten, dass die Satzungen nicht nur die Verhältnisse in der Stiftung sowie in der Grundgesellschaft regeln, sondern auch die Beziehungen der beiden Rechtsinstitute zueinander und diejenigen der Organstiftung zu den Mitgliedern der Grundgesellschaft⁶. Die beiden Rechtsinstitute sind "in funktionaler Abstimmung Teil eines Ganzen"⁷, was bei der Auslegung der rechtsgeschäftlichen Grundlagen zu berücksichtigen ist.

II. Die Grundgesellschaft als Dachgesellschaft

Das Anlagevermögen wird nicht als Einheit behandelt und verwaltet, sondern ist in einzelne Sondervermögen unterteilt⁸. Entsprechend sind auch die einzelnen Mitwirkungsrechte ausgestaltet. Diese stehen in Angelegenheiten, welche das jeweilige Sondervermögen betreffen, nur den daran beteiligten Teilnehmern zu⁹. Strukturell ist diese Ordnung so aufzufassen, dass die Teilnehmer innerhalb der Grundgesellschaft hinsichtlich der Vermögensverwaltung einzelne Untergesellschaften (Anlagegruppen) bilden. Die Zweckverfolgung der Anlagestiftung erfolgt somit innerhalb dieser Gruppen. Es handelt sich dabei ebenfalls um einfache Gesellschaften, welche als gemeinsames Organ dasjenige der Grundgesellschaft (bzw. der Stiftung) haben. Die Grundgesellschaft erfüllt im Innenverhältnis nur insofern direkte Zweckfunktionen, als sie das gemeinsame Organ stellt. Im übrigen hat die Grundgesellschaft vorwiegend Organisationsfunktion. In ihr werden Grundsatzentscheide (auch betreffend die Anlagepolitik) gefällt sowie Wahl- und Aufsichtsfunktionen ausgeübt¹⁰. Nach aussen treten im Zusammenhang mit der Zweckerfüllung nur die einzelnen Anlagegruppen mittels des gemeinsamen (Stiftungs-)Organs auf. Dessen (Vertretungs-)Funktionen sind daher in solche für die Grundgesellschaft und solche für die einzelnen Anlagegruppen zu unterscheiden.

4 Vgl. SIEGWART N 28 vor Art. 530–551 OR; SCHLUEP, Probleme 480; abweichend NAEGELI I 4; HUG 326.

5 Ebenso für die entsprechende Ausgestaltung der Doppelgesellschaft NAEGELI II 513; vgl. auch a.a.O. I 6; HUG 326.

6 Vgl. NAEGELI II 281.

7 SCHLUEP, Probleme 475; vgl. NAEGELI I 6; HUG 326.

8 Vgl. vorn § 8 Anm. 7.

9 Vgl. vorn § 7 III 1 c.

10 Vgl. den Kompetenzkatalog der Versammlung in § 7 III 1 a.

III. Das Verhältnis von Organstiftung und Grundgesellschaft

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Organstiftung Gesellschafterin der Grundgesellschaft sei¹¹. Das ist jedoch nicht möglich, da die Organstiftung weder Mitgliedschaftsrechte an der Grundgesellschaft, insbesondere das Stimmrecht in der Versammlung, noch Erfolgsbeteiligung besitzt¹². Eine derart weitgehende Beschränkung der Gesellschafterstellung eines einzelnen Mitglieds ist unzulässig¹³, da sie gegen den Gesellschaftsbegriff und das Gleichbehandlungsprinzip verstösst¹⁴. Dass die Organstiftung im übrigen denselben Zweck wie die Grundgesellschaft verfolgt, spricht nicht für deren Gesellschafterqualität. Sie verfolgt diesen Zweck nur als Organ der Grundgesellschaft. Ebenso wenig tut dies der Umstand, dass die Organe der miteinander verbundenen Rechtsinstitute identisch sind. Darin zeigt sich sogar ganz besonders die Unmöglichkeit der Mitgliedschaft der Stiftung an der Grundgesellschaft. Wie bereits erwähnt, ist das Handeln der Organe in ein solches für die Stiftung und ein solches für die Gesellschaft scharf zu scheiden¹⁵. Wenn die Organe aber für die Grundgesellschaft handeln, bleibt kein Platz für eine Mitgliedschaft und eine Vertretung eigener Interessen (der Stiftung)¹⁶. Ausserdem ist es begrifflich ausgeschlossen, dass ein für die Gesellschaft geschaffenes Organ (nicht Organmitglied!) gleichzeitig Gesellschafter ist¹⁷. Das Organ ist Teil der Gesellschaft selbst¹⁸ und kann daher nicht Mitglied derselben sein¹⁹.

Infolge der Identität zwischen den Mitgliedern der Stiftungsorganisation und denjenigen der Grundgesellschaft entsteht zunächst eine faktische Beziehung zwischen den beiden Rechtsinstituten. Die Organstiftung wird durch die Grundgesellschaft(er) stimmenmässig beherrscht²⁰. Die organische Verbindung der beiden Institute ist sodann statutarisch untermauert²¹, indem die Stiftungssatzungen zugleich auch Grundvertrag der einfachen Gesellschaft sind²². Neben der Bestellung der Grundgesellschaft als Organ der Stiftung ist darin zudem auch ein (weiterer)

11 Das ist eine Frage, welche in der (deutschen) Literatur über die Doppelgesellschaft eine grosse Rolle spielt. Vgl. NAEGELI II 440; SCHLUEP, Probleme 470; TREECK 29. Zu den Auffassungen im einzelnen vgl. NAEGELI II 441 ff.

12 Vgl. TREECK 30; NAEGELI II 443.

13 TREECK 30 f.

14 von STEIGER W. 300 f., 368; vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 21 N 6; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 15 N 36 f., § 16 N 28; STOCKMANN 387 ff.

15 Vgl. vorn bei Anm. 5.

16 Vgl. NAEGELI II 454.

17 "Es ist ... eine Münchhausiade, wenn man ein durch die Gesellschafter für die Gesellschaft erschaffenes Werkzeug (mit Rechtsfähigkeit) sozusagen als Homunculus (sociulus!) im Gesellschaftsverband mitmarschieren lässt" (SCHLUEP, Probleme 471).

18 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 15 N 7.

19 Ebenso für die Doppelgesellschaft NAEGELI II 441, 446; TREECK 32; SCHLUEP, Probleme 470.

20 Vgl. NAEGELI II 448 f.; SCHLUEP, Probleme 476; CAFLISCH 110 ff.

21 Vgl. SCHLUEP, Probleme 476; NAEGELI II 449; CAFLISCH 124.

22 Bei der Doppelgesellschaft bestehen normalerweise verschiedene Satzungen für Organ- und Grundgesellschaft. Die Mitgliederrechte und -pflichten der Doppelgesellschaft sind jedoch in der Regel nur in den Statuten der Grundgesellschaft enthalten (NAEGELI II 282).

stillschweigend zwischen Organstiftung und Grundgesellschaft geschlossener Organbestellungsvertrag enthalten²³, in diesem Fall unter Verpflichtung der Organstiftung. Die ausdrückliche Erwähnung der Organstellung in den Statuten ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn sich diese aus der gesamten Gestaltung des Rechtsgebildes ergibt. Dieser Organvertrag weist ausserdem insofern Besonderheiten auf, als er die Organstiftung zugleich als Organ der einzelnen Anlagegruppen verpflichtet.

Schliesslich besteht aber noch ein weiteres Vertragsverhältnis zwischen der Organstiftung und den einzelnen Anlagegruppen. Aus der begriffsnotwendigen Abhängigkeit der Organstiftung folgt, dass sie mit Ausnahme des für diese begriffsnotwendigen Widmungsvermögens (Stammvermögen) wirtschaftlich kein eigenes Vermögen besitzt. Das Anlagevermögen, welches sie in ihrem eigenen Namen, aber im Interesse und auf Rechnung der Anlagegruppen verwaltet, steht nur in deren fiduziarischen Eigentum²⁴. Zwischen der Organstiftung und den Anlagegruppen besteht somit ein fiduziarisches Rechtsgeschäft²⁵.

IV. Das Verhältnis der Organstiftung zu den Mitgliedern der Grundgesellschaft

Die Teilnehmer treten zunächst mit der (Organ-)Stiftung in vertragliche Beziehung²⁶. Da diese jedoch auch im Innenverhältnis als Organ der Grundgesellschaft handelt²⁷, entstehen die Rechte und Pflichten der Teilnehmer gegenüber der Grundgesellschaft²⁸. Im Aussenverhältnis treten die Teilnehmer sodann als Träger von Organfunktionen der Stiftung auf und stehen daher auch in einem vertraglichen Verhältnis zu dieser selbst. Der Teilnahmevertrag hat somit eine Doppelfunktion. Er ist Gesellschaftsaufnahmevertrag und zugleich auch Organbestellungsvertrag²⁹. Dessen Inhalt richtet sich nach dem jeweiligen Inhalt von Statuten und Reglementen.

V. Die Eigentumsverhältnisse bei der Anlagestiftung

Keinerlei Zweifel bestehen hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse am Stammvermögen. Dieses ist Widmungsvermögen im Sinne von Art. 80 ZGB und damit begriffsnotwendig Element der Organstiftung.

23 NAEGELI II 452 f.

24 Vgl. NAEGELI I 3, II 447; TREECK 26; HUG 326; hinten Ziff. V.

25 Vgl. dazu JÄGGI/GAUCH N 177 ff. zu Art. 18 OR sowie die dort in N 176 zitierte Literatur; GAUTSCHI N 20 zu Art. 394 OR.

26 Vgl. vorn § 6 Anm. 1.

27 Vgl. NAEGELI I 2 f., II 473; TREECK 26.

28 Vgl. NAEGELI II 460 f.

29 Vgl. vorn § 21 IV.

Das Anlagevermögen stellt rechtlich keine Einheit dar, sondern ist die Summe der einzelnen Sondervermögen. Diese wiederum setzen sich aus den einzelnen Anlagegeldern der Teilnehmer zusammen, welche als Gesellschaftsbeiträge im Sinne von Art. 531 Abs. 1 OR zu betrachten sind. Die einzelnen Sondervermögen stellen somit Gesellschaftsvermögen der Anlagegruppen dar, woran grundsätzlich Gesamteigentum der Gesellschafter besteht³⁰. Aufgrund der besonderen satzungsmässigen Ausgestaltung handelt es sich dabei aber um Miteigentum³¹. Die Organstiftung hat volle dingliche Verfügungsmacht über die Bestandteile des Anlagevermögens und verwaltet dieses in eigenem Namen. Aus deren vollständiger Abhängigkeit von der Grundgesellschaft folgt jedoch, dass sie das Vermögen ausschliesslich im Interesse und auf Rechnung der Anlagegruppen verwaltet. Die Sondervermögen stehen daher nur in fiduziarischem Eigentum der Stiftung³².

30 Vgl. zu den verschiedenen Möglichkeiten der Einbringung von Sachen bei der einfachen Gesellschaft MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER § 8 N 34; von STEIGER W. 369 f. und zu deren vermögensrechtlicher Struktur von STEIGER W. 380 ff.

31 Das ist aus dem Recht auf jederzeitige Rückzahlung der Ansprüche zu schliessen. Zur vertraglichen Abweichungsmöglichkeit von der Ordnung des Gesamthandverhältnisses vgl. von STEIGER W. 382 mit Verweisungen.

32 Vgl. die vorn in Anm. 24 zitierten Autoren. Zum fiduziarischen Eigentum vgl. MEIER-HAYOZ N 10 vor Art. 646–654 ZGB; GAUTSCHI N 176 zu Art. 396 OR sowie die bei JÄGGI/GAUCH N 176 zu Art. 18 OR zitierten Autoren.

§ 27 Die Rechtsstellung der Depotbank

Die Depotbank ist nicht als (statutarisches) Organ der Anlagestiftung vorgesehen. Es werden ihr jedoch regelmässig Aufgaben der Anlagestiftung übertragen¹. So wickelt sie insbesondere die Geschäfte mit den Anlegern ab, d.h. sie führt den Zahlungs- und Effektenverkehr durch und verwaltet die Portefeuilles. Das Rechtsverhältnis zwischen Anlagestiftung und Depotbank ist ein Vertrag sui generis mit Elementen des Auftrags, Hinterlegungs- und Kommissionsvertrags². Soweit die Bank nach aussen auftritt, erfolgt dies mittels direkter Stellvertretung (im Namen) der Anlagestiftung³.

1 Vgl. § 25 Anm. 50.

2 BGE 102 II 123; vgl. insbesondere STAEHELIN passim.

3 Eine gesellschafterähnliche Stellung der Depotbank wie im AFG ist bei der Anlagestiftung ausgeschlossen. Vgl. zur Depotbank im AFG MÜLLER G. passim, insbesondere 196 ff.

4. ABSCHNITT

Die rechtliche Behandlung der Anlagestiftung

1. Kapitel

Die Rechtsanwendung bei atypischen Sachverhalten

§ 28 *Das Postulat der typgerechten Auslegung*

I. Gesetzesauslegung und Rechtsanwendung

Bei atypischen Sachverhalten stellt sich die Frage der Rechtsanwendung in besonderer Weise¹. Es werden konkrete Sachverhalte unter den abstrakten Tatbestand einer Rechtsnorm subsumiert, obwohl sie der Interessenlage nach nicht unter deren Rechtsfolgen passen². Rechtssicherheit durch formale Rechtsanwendung und Sachgerechtigkeit in der Anwendung der jeweils passenden Normen unter Einbezug der Rechtsschöpfung *modo legislatoris* stehen sich gegenüber. Von dieser Frage ist zunächst das Postulat der typgerechten Auslegung³ zu unterscheiden, welches richtig verstanden nichts darüber aussagt, welche Rechtsfolgen an einen bestimmten Sachverhalt geknüpft werden sollen⁴. Das Postulat fordert nicht schlechthin die Unterwerfung aller Sachverhalte unter die typgerecht ausgelegten Normen, wenn die Begriffsmerkmale erfüllt sind⁵. Auslegung und Rechtsanwendung sind auseinanderzuhalten.

1 Dass auf Erscheinungen, welche dem gesetzlichen Typus entsprechen, auch das dispositive Recht Anwendung findet, soweit nicht ausdrücklich davon abgewichen worden ist, bedarf keiner näheren Begründung (FORSTMOSER 165, 168; KOLLER 168).

2 KOLLER 83 f.

3 Das Postulat der typgerechten *Auslegung* ist von jenem der typgerechten *Ausgestaltung* zu unterscheiden. Vgl. vorn § 21 V. Eine eingehende Darstellung der Lehre gibt OTT 104 ff.

4 OTT 103; KOLLER 150.

5 FORSTMOSER, Diss. 166 Anm. 21; anders offenbar JÄGGI 70.

II. Die typgerechte Auslegung

Um das Gesetz auslegen zu können, muss man sich die historischen Gegebenheiten vergegenwärtigen, welche der Gesetzgeber vor Augen hatte. Die Frage nach den historischen Leitbildern ist somit bereits Auslegung⁶. Die erneute Einführung des Typus als selbständiges Element, wie dies angeregt worden ist⁷, neben den herkömmlichen Auslegungselementen führt daher zu einer unerwünschten Verstärkung des realistischen Gesichtspunktes⁸. Die Kenntnis der historischen Gegebenheiten ist notwendig für das Verständnis des Gesetzes, mehr kann aber offenbar auch der Typus bzw. die Typologie nicht leisten^{9,10}.

6 Die Typologie (nicht der Typus!) dient heuristischen Zwecken (KOLLER 22; SCHLUEP, Typus 99). Methodisch handelt es sich dabei um eine Art systematische Betrachtungsweise (vgl. KOLLER 158; FORSTMOSER, Diss. 74, 164, MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 324; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 30).

7 So KOLLER 157 f., welcher dem entsprechenden Gesichtspunkt unter den Auslegungselementen eine besondere Bedeutung zumisst; FORSTMOSER, Diss. 164, 167; ablehnend OTT 108; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 325.

8 Ähnlich GNOS 80.

9 Der Vorwurf des *circulus vitiosus* wurde m.W. erstmals von OTT 108 erhoben. Vgl. aber auch SCHLUEP, Schutz 178; JOLIDON 565 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 324 f.

Bei der Typologie handelt es sich somit auch nicht um eine Auslegungsmethode, welche "den Typus als einen vermittelnden Komplex von Ordnungsgesichtspunkten begreift, der zwischen die konventionellen Auslegungselemente und das Auslegungsergebnis an einer bestimmten Einzelnorm tritt" (OTT 108; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 325).

Es ist daher m.E. richtig, dass sich das Bundesgericht dem Postulat der typgerechten Auslegung in der bisher vertretenen, umfassenden Betrachtungsweise nicht angeschlossen hat. Vgl. zur diesbezüglichen Rechtsprechung des Bundesgerichts OTT 124 ff.; VOGEL 43.

10 Die Nähe des Typus zur "Natur der Sache" wurde schon früh von SCHLUEP, Typus 19 f. betont. A.M. ist KOLLER 43 f. Anm. 3, welcher den Unterschied erkenntnistheoretisch im Auseinanderfallen von Erkenntnis (Typus) und Wirklichkeit (Natur der Sache) sieht. Das hilft aber auch nicht weiter (vgl. OTT 121 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 328 ff.).

§ 29 Rechtsform und atypische Sachverhalte

I. Die Auslegung des Gesetzes

Das Problem der Rechtsanwendung auf atypische Sachverhalte zeigt sich demnach unter einem anderen Aspekt. Da das realistische Element nur eines von sechs verschiedenen Auslegungselementen ist¹, kommt ihm nur eine beschränkte Bedeutung bei der Auslegung zu. Eine allfällige Typfixierung wird durch den Fortgang der Auslegung mittels anderer Gesichtspunkte entschärft. Es gilt somit nicht, die Frage zu lösen, ob die *typgerecht* ausgelegte Norm auch auf atypische Sachverhalte anzuwenden sei², sondern ob die durch (gewöhnliche) Auslegung gewonnenen Wertungen des Gesetzgebers auf einen konkreten Sachverhalt passen³. Die Frage der Rechtsanwendung auf atypische Sachverhalte wird dadurch allenfalls zur Frage des Rechtsmissbrauchs als normberichtigende Funktion⁴. Dabei ist jedoch mit der herrschenden Lehre zwischen zwingendem und dispositivem Recht zu unterscheiden⁵.

II. Die Anwendung von zwingendem und dispositivem Recht

1. *Zwingendes Recht und Numerus clausus*

Aus dem Grundsatz der Formfixierung folgt, dass bei der Wahl einer Rechtsform deren begriffsnotwendigen Merkmale zu erfüllen und alle zwingenden (Rechtsfolge-) Vorschriften zu beachten sind⁶. Die Befolgung dieser Voraussetzungen ist Bedingung für die rechtliche Existenz einer Rechtsform⁷. Daraus folgt, dass zwingendes Recht auf jeden Sachverhalt anzuwenden ist, welcher die begrifflichen Merkmale und damit auch die zwingenden Voraussetzungen erfüllt. Das ergibt sich somit aus logischen Gründen⁸. Nur die Schranken von Art. 2 ZGB können in diesem Fall Milderung bringen⁹.

1 Vgl. zur funktionalen Betrachtungsweise als sechstes Element der Auslegung BAUDEN-BACHER 134 ff. Zu den herkömmlichen Gesichtspunkten vgl. MEIER-HAYOZ N 132 ff./179 ff. zu Art. 1 ZGB.

2 Vgl. OTT 126.

3 Vgl. SCHLUEP, Schutz 29.

4 Vgl. MERZ N 25 f. zu Art. 2 ZGB.

5 Vgl. KOLLER 169, 171; FORSTMOSER, Diss. 168, 169; WOHLMANN 88, 89; OTT 127 ff.; RIEMER ST N 43; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 331 ff.; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 32 ff.; MEIER-HAYOZ, Typologie 248 f., 254.

6 Vgl. vorn § 20 I.

7 OTT 88 mit Verweisung.

8 OTT 128 f.; KOLLER 169 f. Zur diesbezüglichen bundesgerichtlichen Rechtsprechung vgl. OTT 129 ff.

9 Vgl. KOLLER 167, 171; OTT 129, 131; WOHLMANN 89; MEIER-HAYOZ, Typologie 253.

2. *Dispositives Recht und Gestaltungsfreiheit*

In der Frage, ob auch das dispositive Recht auf atypische Sachverhalte anzuwenden sei, ist die Doktrin geteilter Meinung¹⁰. Eine Gruppe von Autoren bejaht die formale Rechtsanwendung unter Berufung auf Numerus clausus und Rechtssicherheit¹¹, eine andere ist der Ansicht, es sei die dem entsprechenden Sachverhalt angepasste Regelung in freier Rechtsfindung zu treffen¹². Das ist aufgrund der Dispositionsfreiheit einleuchtend, denn man kann so argumentieren, dass bei der Wahl einer atypischen Ausgestaltung klar zum Ausdruck kommt, dass von der gesetzlichen (dispositiven) Ordnung abgewichen werden soll. Das trifft (bei typologischer Konzeption) im Schuldvertragsrecht zu, keineswegs jedoch bei der klassenlogischen Konzeption des Gesellschafts- und Stiftungsrechts. Das Vertrauen Dritter und dasjenige der Beteiligten sowie die allgemeine Rechts- und Verkehrssicherheit fordern in diesem Fall auch die Anwendung des (dispositiven) geformten Rechts¹³. Für eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrages bzw. der Statuten aus dem Willen der beteiligten Parteien und die darauf folgende (analoge) Anwendung des aufgrund der Interessenwertung gefundenen dispositiven oder Richterrechts ist kein Raum. Den Beteiligten ist zuzumuten, dass auf sie das allenfalls ungünstige dispositive Recht zur Anwendung kommt, wenn sie von der Berechtigung, davon abzuweichen, keinen Gebrauch gemacht haben¹⁴. Dispositives Gesetzesrecht kommt somit nur dann nicht zur Anwendung, wenn aus dem Gesellschaftsvertrag oder den Statuten (allenfalls durch Auslegung) klar hervorgeht, dass die entsprechende dispositive Ordnung nicht gewollt war^{15,16}. Finden sich im Vertrag keine diesbezüglichen Anhalts-

10 Vgl. die eingehende Auseinandersetzung mit der Doktrin bei KOLLER 161 ff.

11 FORSTMOSER, Diss. 170; RIEMER ST N 43 a.E.; CAFLISCH 160 ff., 174; JÄGGI 70; MENGIARDI 159 f., 166 f.; OTT 141; MEIER-HAYOZ, Typologie 260 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 332 f.; OTT 141; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 37.

12 BÜRGI N 16 vor Art. 698 OR; SCHÖNLE 66 ff.; KOLLER 171 f.; WOHLMANN 90 f.; HIRSCH 6; unklar NENNINGER 11 ff., 21; früher auch SCHLUEP, Schutz 178.

13 MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 333.

14 KOLLER 161 f., 168; OTT 132.

15 MEIER-HAYOZ N 115 zu Art. 657 ZGB; FORSTMOSER 169, 170; WOHLMANN 90.

16 Die Auslegung von Statuten ist aufgrund ihres gesetzesähnlichen Charakters der Gesetzesinterpretation angenähert (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 11 N 40). Die Natur der Satzungen verbietet auch die ergänzende Vertragsauslegung (ebenso OTT 141, aber mit anderer Begründung; BÄR, Aktuelle Fragen 503). Der Wille der ursprünglichen (Vertrags-) Parteien entspricht oft nicht demjenigen der später Beteiligten, so dass der Schutzzweck der Formgebundenheit die Anwendung des geformten Rechts gebietet (vgl. MENGIARDI 122). "Die Auslegung nach Vertragsgrundsätzen ist vor allem dann am Platz, wenn nur gesellschaftsintern bedeutsame Bestimmungen zu interpretieren sind und alle Aktionäre an der Ausgestaltung der Statuten beteiligt waren" (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 11 N 39). Dieser Grundsatz muss auch für die einfache Gesellschaft gelten, wenn der Gesellschaftswechsel vorgesehen und auch erfolgt ist, da diesen, sofern noch das Mehrheitsprinzip für Vertragsänderungen vorgesehen ist, statutenähnlicher Charakter zukommt. Das gilt auch für den Fall einer Doppelorganisation, wenn die Gesellschaftsstatuten in den Stiftungssatzungen enthalten sind. Die Auslegung aus dem Willen des Stifters ist nicht angebracht, wenn innerhalb der Stiftung die Destinatäre (vom Stifter zugelassene) eigene Interessen verfolgen können (vgl. BGer in ZR 53 (1954) Nr. 89; RIEMER ST N 86). Aus-

punkte, so tritt direkt die dispositive Ordnung an die Stelle des fehlenden Parteiwillens. Der Richter hat nur echte Gesetzeslücken *modo legislatoris* zu füllen¹⁷. Er ist so lange nicht Gesetzgeber, als er dem Gesetz eine Antwort entnehmen kann¹⁸. Eine Korrekturmöglichkeit bleibt ihm auch in diesem Fall nur über Art. 2 ZGB¹⁹.

III. Die ergänzende Rechtsanwendung bei der Anlagestiftung

Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Organisation der Stiftung näher auszugestalten. Dem Gesetz ist daher (direkt) keine Antwort zu entnehmen. Der Richter hat dieses daher unter Berücksichtigung der konkreten Umstände zu ergänzen²⁰. Er hat *modo legislatoris* Recht zu setzen. Dabei soll er geformtes Recht analog anwenden, sofern die Tatbestände gleichwertig sind²¹. Nur wenn "auf dem Wege der Gesetzesanalogie eine befriedigende Lösung nicht zu erzielen (ist), so muss der Inhalt der zu findenden Norm vom Richter frei festgelegt werden"²². Liegt jedoch ein selbständiges gesellschaftsrechtliches Gebilde vor, ist der Richter an das dispositive Recht der entsprechenden Gesellschaftsform gebunden²³. Erst wenn er dem Gesetz keine (direkte) Antwort mehr entnehmen kann, muss er *modo legislatoris* Richterrecht setzen. Das trifft auch zu, wenn die Gesellschaft als solche im Rechtsverkehr nicht auftritt. Das aus dem Grundsatz des *Numerus clausus* fliessende Gebot der formalen Rechtsanwendung bezweckt nicht nur den Schutz Dritter, sondern vor allem auch jenen der Beteiligten²⁴. Soweit daher bei der Anlagestiftung nicht Stiftungs- oder Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden ist, stellt sich die Frage, welche Rechtsgebiete durch deren Ausgestaltung wertungsmässig betroffen sind.

serdem drängt sich entgegen der herrschenden Meinung (vgl. RIEMER ST N 77 ff.) eine stärkere Berücksichtigung der öffentlichen Interessen auf (HAEFELIN 43 f.). Vgl. zur Methode der Statutenauslegung HÜPPI *passim*; KLAUS 169 ff.

17 MEIER-HAYOZ N 302 ff., 313 zu Art. 1 ZGB; OTT 136.

18 FORSTMOSER 170.

19 Vgl. OTT 136 mit Verweisungen; MERZ N 90 ff. zu Art. 2 ZGB; FORSTMOSER 176 f.; MEIER-HAYOZ/SCHLUEP/OTT 334; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 2 N 39.

20 MERZ N 138 zu Art. 2 ZGB.

21 Vgl. MEIER-HAYOZ N 346 ff. zu Art. 1 ZGB.

22 MEIER-HAYOZ N 351 zu Art. 1 ZGB.

23 Vgl. vorn Anm. 16.

24 Vgl. vorn § 20 Anm. 2.

2. Kapitel

Die Rechtsanwendung bei der Anlagestiftung

§ 30 Die durch die Anlagestiftung betroffenen Rechtsgebiete

I. Die Anwendung von Stiftungsrecht

Die Anlagestiftung ist auch als komplexes Stiftungsgebilde unter den Tatbestand der gewöhnlichen Stiftung zu subsumieren. Art. 89bis ZGB ist daher nicht anwendbar¹. Derart weitgehende Mitwirkungsrechte an der Anlagestiftung rechtfertigen sich auch nicht, da die Arbeitnehmer wie auch die übrigen Berechtigten die notwendigen Informationen über deren Personalfürsorgestiftung verlangen können². Im übrigen erhalten die nach Art. 89bis Berechtigten bei stiftungsunabhängigen Anlagen ebenfalls keinen direkten Einblick³.

Nach dem Grundsatz der formalen Rechtsanwendung ist sowohl zwingendes als auch dispositives Recht anwendbar. Abweichungen vom dispositiven Recht müssen ausdrücklich im Stiftungsstatut vorgesehen oder durch Auslegung klar zu gewinnen sein. Bei der geringen Typenbindung des Stiftungsrechts ist dies jedoch praktisch ohne Bedeutung.

II. Die Anwendung von Gesellschaftsrecht

Auf die Grundgesellschaft ist direkt zwingendes und dispositives Recht der einfachen Gesellschaft anzuwenden. Für Abweichungen gilt dasselbe wie für das Stiftungsrecht. Da die Grundgesellschaft nach aussen nicht in Erscheinung tritt, wird nur das Innenverhältnis der Anlagestiftung durch Gesellschaftsrecht beherrscht⁴.

In jenen Bereichen, in denen das Recht der einfachen Gesellschaft keine Ordnung kennt, ist Körperschaftsrecht analog anzuwenden, sofern keine Regelung in den Statuten vorhanden ist. Die Frage der Anwendung von Gesellschaftsrecht im Innenverhältnis der Anlagestiftung kann nicht generell beantwortet werden. Aufgrund der genossenschaftlichen Interessenlage kommt grundsätzlich Genossenschaftsrecht zur Anwendung, welches jedoch in jenen Bereichen versagen muss, in denen die Anlagestiftung kapitalistisch ausgestaltet ist. Die Frage der Rechtsanwendung ist daher im Einzelfall zu lösen.

1 Ebenso MEYER 34.

2 Art. 89bis Abs. 2 ZGB.

3 Z.B. bei Anlagen in Anlagefonds.

4 Vorbehalten bleiben Art. 2 ZGB und der Durchgriff als dessen Konkretisierung (vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 46 N 27 f. und dort zitierte Literatur und Praxis).

§ 31 *Nutzanwendung:*

Grundfragen der Haftung und Verantwortlichkeit

I. Vorbemerkung

Umwälzende Neuerungen sind von der hier vertretenen Betrachtungsweise in der Rechtsanwendung nicht zu erwarten. Sie dient jedoch dazu, die Struktur der korporativ ausgestalteten Stiftung besser verstehen und erfassen zu können. Durch das bessere Verständnis des Rechtsinstituts wird sodann auch die Rechtsanwendung erleichtert¹.

II. Doppelstruktur und Rechtsanwendung

Wie bereits früher gezeigt worden ist², fungiert die Organstiftung im Aussenverhältnis als Rechtsträgerin der Anlagestiftung. Die Grundgesellschaft tritt nach aussen nicht in Erscheinung³. Das Aussenverhältnis wird daher ausschliesslich durch Stiftungsrecht beherrscht⁴ und stellt in diesem Zusammenhang keine besonderen Probleme⁵.

Weniger offen liegen die Beziehungen im Innenverhältnis. Die verschiedenen Rechtsverhältnisse sind daher klar auseinanderzuhalten⁶. Die Teilnehmer bilden zunächst die Grundgesellschaft, deren Mitgliedschaft sie durch Widmung eines bestimmten Betrages an die (Organ-)Stiftung bzw. durch Beitrittserklärung erwerben⁷. Durch die Anlage von Kapitalien werden die Teilnehmer gleichzeitig auch

1 Eine umfassende Behandlung der sich aus Bestand und Betätigung der Anlagestiftung ergebenden Einzelfragen sprengt den Rahmen dieser Arbeit. Die Bearbeitung einiger Fragen der Haftung und Verantwortlichkeit dient nur zur Illustration des bisher Ausgeführten.

2 Vgl. vor allem §§ 23 und 26.

3 Vgl. § 23 I.

4 Vgl. § 30 I.

5 Für das Verhältnis der Stiftungsorgane zu Dritten und die Haftung des Stiftungsvermögens sind Art. 55 ZGB und die dazu entwickelten Grundsätze massgebend (RIEMER N 23 zu Art. 83 ZGB mit Verweisungen). Die Destinatäre der Anlagestiftung (Teilnehmer) sind jedoch keine Dritten. Im Verkehr mit den Teilnehmern handeln die (Stiftungs-)Organe stets als Organe der Grundgesellschaft bzw. einer Anlagegruppe. Die Stiftung als solche ist im Innenverhältnis nicht Organ.

Haftungssubstrat der Organstiftung ist nach aussen deren gesamtes Vermögen, d.h. sowohl Stamm- als auch Anlagevermögen (vgl. RIEMER ST N 314). Hinsichtlich des Anlagevermögens besitzen die Anlagegruppen (und nicht die Teilnehmer) jedoch gestützt auf Art. 401 OR ein Aussonderungsrecht (vgl. JÄGGI/GAUCH N 198 ff. zu Art. 18 OR). Die Stiftung verwaltet die jeweiligen (Gesellschafts-)Vermögen der Anlagegruppen im Aussenverhältnis als deren beauftragtes Organ (vgl. § 26 II).

Eingehend zur Haftung der Stiftung vgl. RIEMER N 23 ff. zu Art. 83 ZGB.

6 Vgl. § 26.

7 Diese hat ausschliesslich organisatorische und Beratungsfunktionen (vgl. § 26 II).

Mitglieder der jeweiligen Anlagegruppen⁸. Die Verhältnisse innerhalb dieser Gruppierungen sind rein gesellschaftsrechtliche⁹. Die Mitglieder der Stiftungsverwaltung handeln in diesem Zusammenhang als Organe der Grundgesellschaft bzw. der Anlagegruppen¹⁰. Die Stiftung selber ist im Innenverhältnis nie Organ einer der Gesellschaften¹¹.

Hinsichtlich ihrer Vertretungsfunktionen nach aussen steht die Organstiftung zwar in vertraglicher Beziehung zu Grundgesellschaft und Anlagegruppen. Ein selbständiges Handeln der Stiftung erfolgt jedoch definitionsgemäss nicht¹², so dass sie intern als Subjekt der Verantwortlichkeit nicht in Frage kommt. Verantwortlich sind stets nur die Organmitglieder¹³.

III. Die Verantwortlichkeit der Verwaltung

1. *Das anwendbare Recht*

Im Innenverhältnis handeln die Organe stets als solche der Grundgesellschaft oder einer der Anlagegruppen¹⁴. Grundsätzlich kommt daher das Recht der einfachen Gesellschaft zur Anwendung¹⁵. Dieses verweist für den Fall der entgeltlichen Geschäftsführung durch einen Gesellschafter ausdrücklich auf die Bestimmungen des Auftrags¹⁶.

8 Die eigentliche Zweckverfolgung der Anlagestiftung (Vermögensverwaltung und -anlage) erfolgt im Rahmen dieser Untergesellschaften (vgl. § 26 II).

9 Vgl. § 30 II.

10 Die handelnden Organe sind im Innenverhältnis der Stiftungsrat und die durch Delegation mit der Geschäftsführung (i.w.S.) Beauftragten (Geschäftsführung und Anlagekommissionen). Vgl. § 7 I.

11 Vgl. Anm. 5.

12 Vgl. § 23 II 1.

13 Das Stammvermögen haftet somit nicht gegenüber den Teilnehmern, sondern nur gegenüber Dritten im Aussenverhältnis.

14 Die Anlagekommissionen handeln nur für die jeweiligen Anlagegruppen und nicht für die Grundgesellschaft.

Im Rahmen der Grundgesellschaft kommt eine Verantwortlichkeit praktisch nur hinsichtlich der Anlageberatung in Frage (vgl. Anm. 7). Die Grundgesellschaft selber verfügt über kein Vermögen (vgl. § 26 V).

Die Verantwortlichkeit ist daher vor allem für die Funktionsausübung im Rahmen der Anlagegruppen von Bedeutung. Jede Anlagegruppe ist eine selbständige Gesellschaft und in ihrer Vermögensverwaltung unabhängig (vgl. § 8 Anm. 7 sowie § 7 Anm. 4 und III 3). Zur Deckung von Vermögensverlusten einer Anlagegruppe kann daher nicht auf das Vermögen einer andern gegriffen werden. Eine Verlustkompensation innerhalb des gesamten Anlagevermögens findet nicht statt. Dies folgt auch aus der Tatsache, dass es sich bei den Vermögen der Anlagegruppen um Sondervermögen handelt (vgl. § 13 Anm. 8/9 und § 26 V).

15 Vgl. § 26 II und § 30 II.

16 Art. 538 Abs. 3 OR; vgl. auch Art. 540 Abs. 1 OR.

Die Sorgfaltspflicht Dritter, denen die Geschäftsführung übertragen wurde, beurteilt sich nach dem jeweiligen Vertragsverhältnis¹⁷.

2. *Der Kreis der Verantwortlichen und der Anspruchsberechtigten*

Alle mit der Verwaltung und der Geschäftsführung betrauten Personen haften somit aus Vertrag. In Anlehnung an das Aktienrecht sind zur Geschäftsführung alle Personen zu zählen, welche in massgeblicher Weise an der Willensbildung der Gesellschaft teilnehmen, selbständig Entscheidungen zu treffen und für die Gesellschaft wesentliche Aufgaben zu erfüllen haben¹⁸. Bei der Anlagestiftung sind dazu Stiftungsrat, Geschäftsführung und Anlagekommission zu zählen¹⁹.

Anspruchsberechtigt sind die Grundgesellschaft bzw. die Anlagegruppen sowie die Teilnehmer. Der Schadenersatz ist an die Gesellschaftskasse zu entrichten²⁰. Das Klagerecht von Grundgesellschaft, Anlagegruppe und zustimmendem Teilnehmer erlischt, wenn durch Beschluss der Versammlung Decharge erteilt worden ist²¹. Die Teilnehmer sind somit aktivlegitimiert, wenn und soweit sie der Dechargeerteilung nicht gültig zugestimmt haben²².

3. *Das Mass der Sorgfalt*

Im Vertragsrecht haften die Verantwortlichen grundsätzlich für jedes Verschulden²³. Der Beauftragte haftet "im allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der

17 von STEIGER W. 406; in Frage kommen Auftrag und Arbeitsvertrag. Die mit der Verwaltung und Geschäftsführung betrauten Personen müssen nicht Gesellschafter sein (Art. 535 Abs. 1 OR).

18 FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 25 N 2; MEIER-WEHRLI 19; BÜRGI N 119 zu Art. 753/54 OR; vgl. BGE 61 II 342, 68 II 301.

19 Vgl. vorn § 7 I; auch Ausschuss und Delegierter des Stiftungsrates sowie Anlageausschuss gehören zu den Verantwortlichen, soweit sie als Organe vorgesehen oder durch erlaubte Substitution eingesetzt worden sind; ebenso Direktoren, Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 25 N 2; MEIER-WEHRLI 21).

20 SIEGWART N 4 zu Art. 538 OR; MÜLLER A. 69. Vgl. Art. 538 Abs. 2 OR.

21 Decharge kann gültig nur im Innenverhältnis erteilt werden. Sie stellt einen Verzicht auf Verantwortlichkeitsansprüche dar, welcher den Teilnehmern hinsichtlich des Anlagevermögens jederzeit zusteht. Die (Organ-)Stiftung hat darauf keinen Anspruch, da sie nur fiduziarisch über das Vermögen verfügt.

Anders verhält es sich mit dem Stammvermögen. Da es sich dabei um Stiftungsvermögen im Sinne des Widmungsvermögens handelt, welches der Verfügung der Destinatäre entzogen ist, kommt eine Entlastung der Verwaltung nicht in Frage. Ansprüche der Stiftung gehen durch Dechargeerteilung nicht unter (RIEMER N 11 zu Art. 83 ZGB).

22 Vgl. MÜLLER A. 70; vgl. auch FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 25 N 10.

23 Vgl. MÜLLER A. 67.

Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis²⁴ und im besonderen "für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes"²⁵. Nach Arbeitsvertragsrecht hat der Arbeitnehmer "die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren"²⁶. "Das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat, bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen"²⁷.

Aufgrund der besonderen Verhältnisse in der Anlagestiftung²⁸ sind an die zu beachtende Sorgfalt strenge Anforderungen zu stellen²⁹. Unerfahrenheit und mangelnde Fachkenntnis können genausowenig exkulpieren wie Zeitmangel³⁰. Besondere Fähigkeiten sind jedoch nicht erforderlich³¹. Das Mass der Sorgfalt wird insbesondere auch durch die Komplexität der Organisation bestimmt. Mit der Aufteilung der Kompetenzen muss eine entsprechende Verminderung der Verantwortlichkeit einhergehen³². Es kann von den verantwortlichen Personen "nur eine Pflichterfüllung in einem billigerweise zumutbaren Rahmen verlangt werden, und ihre Haftung wird dementsprechend auf ein vernünftiges, mit dem praktischen Leben in Einklang stehendes Mass beschränkt bleiben"³³.

24 Art. 398 Abs. 1 OR.

25 Art. 398 Abs. 2 OR.

26 Art. 321a Abs. 1 OR.

27 Art. 321e Abs. 2 OR.

28 Im Vordergrund steht dabei die korporative und teilweise kapitalistische Struktur der Anlagestiftung (vgl. § 17 III), welche diese in die Nahe von Genossenschaft und AG rücken. Die Verwaltung besitzt in ihrer Stellung eine weitgehende Verfügungsmacht über fremde Gelder, so dass eine erhöhte Aufmerksamkeit erwartet werden darf (vgl. MEIER-WEHRLI 30).

29 Vgl. FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 25 N 20; MEIER-WEHRLI 30. Die "diligentia quam in suis rebus" genügt schon von Gesetzes wegen nicht (Art. 538 Abs. 3 i.V. mit Abs. 1 OR). Wer gegen Entgelt die Verwaltung von Vermögen und die Vertretung von Interessen Dritter übernimmt, hat strengeren Anforderungen zu genügen.

30 Vgl. MEIER-WEHRLI 31; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 25 N 24; BGE 97 II 411, 99 II 176.

31 Die Verwaltung einer Personalfürsorgestiftung hat ihrer Sorgfaltspflicht zweifellos Genüge getan, wenn sie das Vermögen der Stiftung durch eine Anlagestiftung verwalten lässt. Sie muss sich darauf verlassen können, dass die Organe einer Anlagestiftung über das ihrer Aufgabe entsprechende Fachwissen verfügen.

32 Vgl. zur Verantwortlichkeit bei Kompetenzaufteilung (Delegation) FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ § 24 N 29 ff.; MEIER-WEHRLI 33 ff.; von STEIGER F. 234 f.; BÜRGI N 4 zu Art. 722 OR.

33 MEIER-WEHRLI 30.

CURRICULUM VITAE

Ich wurde am 6. Februar 1949 in Luzern geboren. Nach der Matura Typus A immatrikulierte ich mich im Sommersemester 1970 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich. Im Februar 1974 schloss ich mein Studium mit dem Lizentiat beider Rechte und im Mai 1975 mit dem Lizentiat der Wirtschaftswissenschaft ab. Anschliessend war ich zwei Jahre als Assistent an der Universität Zürich und die folgenden achtzehn Monate als Auditor und Gerichtsssekretär am Bezirksgericht Winterthur tätig. Seit April 1979 arbeite ich in der Privatwirtschaft. Die vorliegende Schrift ist im Frühling/Sommer 1980 entstanden.

